

UiO : **Det juridiske fakultet**

Vilkårene for vern av brukskunst etter åndsverkloven og designloven

Kandidatnummer: 623

Leveringsfrist: 25. april 2013

Antall ord: 17 985



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | Oppgavens tema og problemstilling | 1 |
| 1.2 | Avgrensning..... | 2 |
| 1.3 | Begrepsavklaring | 3 |
| 1.3.1 | Brukskunst | 3 |
| 1.3.2 | Design | 8 |
| 1.4 | Rettskildebildet | 10 |
| 1.4.1 | Lovgrunnlag..... | 10 |
| 1.4.1.1 | Forholdet til EØS-retten | 11 |
| 1.4.1.2 | Forholdet mellom åndsverkloven og designloven | 12 |
| 1.4.2 | Forarbeider..... | 12 |
| 1.4.3 | Rettspraksis..... | 13 |
| 1.4.4 | Forvaltningspraksis..... | 14 |
| 1.4.5 | Nærmere om EU- og EØS-retten..... | 16 |
| 1.4.6 | Annen internasjonal rett..... | 17 |
| 2 | HENSYN..... | 18 |
| 2.1 | Hvorfor beskytte brukskunst som åndsverk? | 18 |
| 2.2 | Hvorfor beskytte design? | 20 |
| 3 | DET GENERELLE VERKSHØYDEKRAVET I OPPHAVSRETTE..... | 22 |
| 3.1 | Innledning | 22 |
| 3.2 | Verkshøydevurderingen | 22 |
| 3.3 | Åndsverk vurderingen i EU- og EØS-retten | 26 |
| 4 | VERKSHØYDEKRAVET FOR BRUKSKUNST | 29 |
| 4.1 | Innledning | 29 |
| 4.2 | Er verkshøydekravet særlig strengt for brukskunst?..... | 31 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 4.3 | Valgfrihetssynspunktet | 34 |
| 4.4 | Dobbeltskapelseskriteriet | 36 |
| 4.5 | Uttalelser om objektiv nyhet | 36 |
| 4.6 | Kvalitative vurderinger | 38 |
| 4.7 | Betydningen av EU-domstolens originalitetskriterium for brukskunst | 39 |
| 4.8 | Oppsummering | 40 |
| 5 | VILKÅRENE FOR DESIGNRETT | 42 |
| 5.1 | Innledning | 42 |
| 5.2 | Allment tilgjengelig design | 43 |
| 5.3 | Nyhetskravet | 44 |
| 5.4 | Individuell karakter | 46 |
| 5.4.1 | Den informerte bruker | 46 |
| 5.4.2 | Helhetsinntrykket | 49 |
| 5.4.3 | Graden av formgivningsfrihet | 50 |
| 5.4.4 | Industrisektor og produkttype | 51 |
| 5.4.5 | Forholdet mellom nyhetskravet og kravet om individuell karakter | 52 |
| 5.5 | Oppsummering | 53 |
| 6 | GRENSEFLATEN MELLOM VILKÅRENE FOR OPPHAVSRETT OG DESIGNRETT TIL BRUKSKUNST | 55 |
| 6.1 | Innledning | 55 |
| 6.2 | Sammenligning av vilkårene for vern | 56 |
| 6.2.1 | Beskyttelsesobjektet | 56 |
| 6.2.2 | Formfrihet og registrering | 57 |
| 6.2.3 | Vurderingstidspunktet | 57 |
| 6.2.4 | Originalitet og nyhet | 58 |
| 6.2.5 | Brukskunst i en stilretning | 60 |
| 6.2.6 | Brukskunstnerens formgivningsfrihet | 61 |
| 6.2.7 | Oppsummering | 62 |
| 6.3 | Vurdering av kumulasjonsløsningen | 63 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 7 | AVSLUTNING..... | 67 |
| 8 | KILDER..... | 69 |
| 8.1 | Norske lover og forskrifter..... | 69 |
| 8.2 | Forarbeider..... | 69 |
| 8.3 | Internasjonale avtaler og konvensjoner | 70 |
| 8.4 | Utenlandsk lovgivning..... | 70 |
| 8.5 | EU-direktiver og -forordninger..... | 71 |
| 8.6 | Andre EU-dokumenter..... | 72 |
| 8.7 | Rettsavgjørelser og forvaltningsavgjørelser | 72 |
| 8.7.1 | Norsk Retstidende..... | 72 |
| 8.7.2 | Norske underrettsdommer | 73 |
| 8.7.3 | Avgjørelser fra Patentstyrets 2. avdeling..... | 73 |
| 8.7.4 | Utenlandske avgjørelser | 73 |
| 8.7.5 | Avgjørelser fra EU-domstolen..... | 73 |
| 8.7.6 | Avgjørelser fra EUs kontor for harmonisering i det indre marked (OHIM) . | 74 |
| 8.8 | Litteraturliste..... | 75 |
| 8.8.1 | Bøker | 75 |
| 8.8.2 | Tidsskriftartikler | 77 |
| 8.8.3 | Internettsider | 78 |
| 8.8.4 | Annet | 80 |

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Problemstillingen i denne oppgaven er å undersøke og sammenligne vilkårene for vern av brukskunst etter åndsverkloven og designloven.

Brukskunst kan defineres som løsøregjenstander som har både et estetisk og et funksjonelt formål. En brukskunstgjenstand kan på grunnlag av sine estetiske kvaliteter oppfylle vilkårene for både opphavsrett og designrett. Åndsverkloven og designloven inneholder bestemmelser om at vernet etter den ene lov ikke utelukker vern etter den andre. Det er dermed potensielt sett mulig å oppnå kumulativt vern for brukskunst: Designrett i opptil 25 år og i tillegg opphavsrett i 70 år etter opphavsmannens død. Begge lover gir brukskunstneren enerett til sitt produkt. Designloven gir vern mot både etterligninger og produkter som tilfeldigvis ligner, uten å være en kopi. Åndsverksloven gir vern mot bevisste etterligninger.

Verken etter åndsverkloven eller designloven er det en betingelse for rettsbeskyttelse at en gjenstand blir kategorisert som brukskunst. For gjenstander som regnes som brukskunst, oppstår det imidlertid en rekke særegne problemstillinger i vurderingen av vilkårene for vern etter åndsverkloven. Brukskunst er i tillegg en av produkttypene som kan oppnå kumulativt vern både som design og åndsverk. Brukskunst egner seg derfor til en komparativ fremstilling av de to lovene. Rettsbeskyttelse av brukskunst har stor praktisk betydning. Samtidig er det svært lite rettspraksis på området. Dette gjør det både aktuelt og utfordrende å redegjøre for vilkårene for vern.

1.2 Avgrensning

Det opphavsrettslige og designrettslige vernet av brukskunst har berøringsflater mot flere rettsområder. Etter markedsføringsloven § 30 er brukskunstnere vernet mot at næringsdrivende utnytter deres produkter på en måte som medfører fare for forveksling. Sammen med generalklausulen i markedsføringsloven § 25 kan etterligningsvernet supplere det immaterialrettslige vernet av brukskunstens visuelle elementer.¹ De tekniske løsningene til en brukskunstgjenstand kan beskyttes ved patent i 20 år, dersom patentlovens krav til nyhet og oppfinnelseshøyde er oppfylt, jf. patentloven §§ 1 og 2. Patentretten beskytter altså brukskunstens tekniske element, mens design- og opphavsretten beskytter brukskunstens utseende. Vernet av brukskunst har en potensielt konfliktfylt grenseflate mot konkurranseloven § 11, som forbyr utilbørlig utnyttelse av dominerende markedsstilling. Designrett og opphavsrett gir brukskunstneren en enerett som kan skape eller styrke en dominerende markedsposisjon. Selv om det i utgangspunktet ikke er motstrid mellom målsetningene i konkurranseretten og opphavs- og designretten, kan forholdene ligge slik til rette at eneretten underbygger en konkurransehemmende markedsatferd.² Oppgaven avgrenses mot de berøringsflatene og problemstillingene som er beskrevet her.

Vurderingen av om en brukskunstners enerett er krenket, er todelt. Første spørsmål er om brukskunstgjenstanden berettiger til vern, altså om den har verkshøyde i opphavsretten, og nyhet og individuell karakter i designretten. Dette spørsmålet er tema for oppgaven. Andre spørsmål er om en annen gjenstand ligner så mye at eneretten til brukskunstgjenstandens utseende er krenket. Dette innebærer at rekkevidden av brukskunstnerens enerett må fastsettes.³ Oppgaven avgrenses mot vernets rekkevidde.

Rettsvirkningen av opphavsrett og designrett er at brukskunstneren får vern for de økonomiske rettighetene til sin brukskunstgjenstand, dvs. eneretten til å fremstille og selge ek-

¹ Rognstad (2009) s. 63.

² ibid s. 66-67.

³ ibid s. 136.

semplarer av gjenstanden, jf. åndsverkloven § 2 og designloven § 9. I opphavsretten beskyttes i tillegg de ideelle rettighetene, som omfatter opphavsmannens krav på å bli navngitt i forbindelse med åndsverket jf. åndsverkloven § 3, samt retten til å bli varslet før et originaleksempel ødelegges, jf. § 49. Oppgaven avgrenses mot en nærmere redegjørelse for rettsvirkningene av opphavsrett og designrett til brukskunst.

Flere verkstyper enn brukskunst kan oppnå kumulativ beskyttelse etter designloven og åndsverkloven. Det gjelder produkter som oppfyller både designlovens krav om nyhet og individuell karakter og åndsverklovens krav om åndsverkskarakter, det såkalte verkshøydekravet. Tekniske tegninger, grafisk design og kart er eksempler på objekter som kan oppnå kumulativt vern. Oppgaven tar ikke opp problemstillinger knyttet til verk enn brukskunst.

1.3 Begrepsavklaring

1.3.1 Brukskunst

Begrepet brukskunst er flertydig og vagt. Åndsverkloven benytter ikke begrepet, og det finnes ingen legaldefinisjon av brukskunst. For å avklare hva brukskunst er, tar jeg utgangspunkt i en alminnelige språklig forståelse og undersøker hvilket betydningsinnhold begrepet har i rettskildene.

Den alminnelige språklige forståelsen av brukskunst

Ordbokdefinisjonen av brukskunst er ”*bruksting med kunstnerisk formgivning*”.⁴ Uttrykket kan deles opp i et brukselement og et kunstelement. En bruksgjenstand kan defineres som en løseøring som gir praktisk utbytte når den brukes til et bestemt formål. En bruksgjenstand har altså en *funksjon*. Den er *funksjonell* og skal fylle et praktisk behov. En person får en god arbeidsstilling (praktisk utbytte) ved å sitte på en stol inntil et bord (bruksgjenstand).

⁴ Norsk ordbok (1998) s. 111.

der) når han eller hun skal skrive et brev (bestemt formål). Motsetningsvis er ikke-funksjonelle gjenstander ting som ikke fyller et praktisk behov, noe maleriet på veggen og julekransen på døren er eksempler på.

En bruksgjenstand regnes som brukskunst hvis den i tillegg til nytteformålet har en kunstnerisk formgivning. Spørsmålet er når formgivningen er kunstnerisk. Ifølge Norsk ordbok er kunst ”*skapende eller utøvende, tolkende estetisk virksomhet*”.⁵ Kunst viser til det estetiske, som ”*tiltaler skjønnhetssansen*” og estetikken, som er ”*læren om det skjønne i kunsten*”.⁶ Hva den enkelte oppfatter som skjønt, er nødvendigvis subjektivt. Kunstnerisk formgivning skiller seg fra funksjonell formgivning ved at den ikke er tenkt å ha noen funksjonell verdi. Dermed kan man si at den kunstneriske siden av en brukskunstgjenstand er de formelementene som er helt uavhengige av gjenstandens funksjon.

En brukskunstgjenstand er følgelig en løseøregjenstand som gir praktisk utbytte når man bruker den til et bestemt formål, samtidig som den har formelementer som er estetiske fordi de er uavhengige av gjenstandens funksjon.

Skillet mellom ren kunst og brukskunst

Bruksformålet skiller brukskunsten fra den såkalt *rene kunst*, som utelukkende har et estetisk formål.⁷ Med ren kunst siktes det til verkstypene i åndsverkloven § 1 annet ledd nr. 7 og 8: Malerier tegninger, grafikk og lignende billedkunst og skulpturer av alle slag. I opphavsrettens tidlige historie rådet det stor skepsis mot å gi opphavsrett til brukskunst, som ble ansett å ha lavere rang enn ren kunst.⁸

I de fleste tilfeller vil skillet mellom kunst og brukskunst kunne trekkes ut fra om gjenstandene har et utelukkende estetisk formål eller et blandet estetisk og funksjonelt formål.

⁵ Norsk ordbok (1998) s. 487.

⁶ *ibid* s. 206.

⁷ Rosenmeier (2001) s. 227, Rognstad (2009) s. 94.

⁸ Rognstad (2009) s. 24-25.

Hvordan skal man imidlertid klassifisere en statue brukt som dørstopper eller en brukskunstgjenstand som er så lite anvendelig at den bare brukes til pynt? Et skille basert på kunstens og brukskunstens formål gir kun mening dersom man tar utgangspunkt i gjenstandenes *umiddelbare formål*.⁹ Dermed vil statuen som brukes som dørstopper klassifiseres som kunst, siden statuens umiddelbare formål er estetisk. Den upraktiske, men vakre brukskunstgjenstanden vil være brukskunst, fordi dens umiddelbare formål er delt estetisk og funksjonelt.

Selv om man sonderer etter gjenstandenes umiddelbare formål, er det et åpent spørsmål hvordan *utsmykning* av brukskunstgjenstander skal klassifiseres. Opphører Munchs maleri *Madonna* å være ren kunst når det trykkes på kaffekrus med et umiddelbart funksjonelt formål? Det at maleriets utelukkende estetiske formål kan skilles fra bruksgjenstandenes funksjonelle formål, tilsier at maleriet beholder sin status som ren kunst. Det at utsmykningen er en del av gjenstanden, taler for det motsatte. Konklusjonen er ikke opplagt.¹⁰

Eksemplene viser at utgangspunktet er oversiktlig, men at det er vanskelig å trekke et generelt og skarpt skille mellom brukskunst og kunst. Selv om skillet historisk sett ble tillagt betydning for hva som ble regnet som et åndsverk, har Høyesterett i dag avvist at det har betydning for verkshøydevurderingen av brukskunst.¹¹ Det innebærer at verkshøydekravet ikke skjerpes fordi brukskunst er noe annet enn ren kunst. Uavhengig av den kunstfaglige klassifiseringen tar et eventuelt strengere verkshøydekrav utgangspunkt i brukskunstens egenskaper, gjerne ”*graden av funksjonalitet*”.¹²

Rettskildenes anvendelse av begrepet brukskunst

Neste problemstilling er hvilket betydningsinnhold brukskunst har i rettskildene, og hvorvidt den naturlige språklige forståelsen av brukskunst stemmer overens med dette.

⁹ Rosenmeier (2001) s. 227.

¹⁰ *ibid* s. 230-231.

¹¹ Rt. 2012 s. 1062, premiss 67.

¹² *ibid* 66-67 jf. Rognstad (2009) s. 94.

Begrepet forekommer ikke i åndsverkloven, designloven eller andre lover på immaterialrettsens område. I Bernkonvensjonen, som forplikter Norge til å beskytte utenlandske åndsverk, oppgis ”verk av brukskunst” i listen i art. 2 nr. 1 over eksempler på verk som kan oppnå opphavsrettslig vern, men begrepet forklares ikke nærmere.

Høyesterett har avsagt to dommer om opphavsrett til brukskunst. I Tripp Trapp-dommen uttalte Høyesterett at det ”[a]v bestemmelsens [§ 1] andre ledd nr. 10 fremgår at brukskunst omfattes av bestemmelsen.”¹³ Siden ordet brukskunst faktisk ikke forekommer i bestemmelsen, må det antas at førstvoterende anvender ordet som en samlebetegnelse på de verkstyper som nevnes der: ”Billedvev og gjenstander av kunsthåndverk og kunstindustri, så vel forbildet som selve verket”. Førstvoterende redegjør ikke nærmere for hva som menes med brukskunst. I Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord) brukes ikke ordet som betegnelse på en verkstype, men det tales om brukskunstens område, også dette uten nærmere presisering.¹⁴ Forarbeidene til åndsverkloven anvender begrepet brukskunst som en samlebetegnelse på kunsthåndverk og kunstindustri.¹⁵

Spørsmålet er hvordan ordlydens eksempler *billedvev*, *kunsthåndverk* og *kunstindustri* forholder seg til samlebegrepet brukskunst. *Billedvev* er bilder laget med vevteknikk, dvs. gjenstander med utelukkende estetisk formål.¹⁶ Begrepet *kunstindustri* betegner industridesign, dvs. serieproduserte produkter som bevisst er tilført estetiske kvaliteter.¹⁷ Slike produkter kan være rent estetiske eller delvis estetiske og funksjonelle. Begrepet *kunsthåndverk* betegner gjenstander som er håndverksmessig fremstilt og gitt en kunstnerisk form. Det er en kunstform som spenner fra rent estetiske verk til bruksgjenstander, og omfatter

¹³ Rt. 2012 s. 1062 premiss 55.

¹⁴ s. 967.

¹⁵ Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) s. 16, 30, 32.

¹⁶ Wikipedia (2013b).

¹⁷ Store norske leksikon (2007a), Nordell (1995) s. 134.

verkstypen billedvev.¹⁸ Kunstindustri og kunsthåndverk omfatter altså både gjenstander med utelukkende estetisk formål og gjenstander med delt funksjonelt og estetisk formål.

Twistegjenstandene i Tripp Trapp-dommen og dommen om Wegners sybord viste at en barnestol og et kombinert sy- og sofabord regnes som brukskunst. Fra underrettspraksis er smijernsbeslag, filleryer, bunadssølv og strikkeoppskrifter eksempler på brukskunst.¹⁹ Alle disse gjenstandene har både funksjonelle og ikke-funksjonelle egenskaper.

I Tripp Trapp-dommen uttaler førstvoterende at det for brukskunstgjenstander, som er ”[...] dominert av de funksjonelle elementer, vil være et mer begrenset spillerom for en selvstendig kunstnerisk utforming.”²⁰ I Wegner-dommen uttales: ”For så vidt angår kunsthåndverk og kunstindustri, må dette etter min mening føre til at den som frembringer et slikt verk, ikke får opphavsrett når det gjelder rent tekniske eller bruksmessige sider av verket.”²¹ Sitatene viser at Høyesterett legger vekt på at brukskunst består av både kunstneriske og funksjonelle elementer, og at dette får betydning for hvordan slike åndsverk bedømmes. Gjenstander med utelukkende estetisk formål vil følgelig ikke kunne regnes som brukskunst etter Høyesteretts begrepsbruk. Slike produkter vil heller ikke berøres av problemstillingene knyttet til et delt funksjonelt og ikke-funksjonelt formål. Høyesterett anvender altså begrepet brukskunst som en samlebetegnelse på de gjenstander av kunsthåndverk og kunstindustri som har et delt funksjonelt og ikke-funksjonelt formål. Ordlyden i åndsverkloven § 1 annet ledd nr. 10 viser for øvrig at begrepet brukskunst er forbeholdt verk med løseprekarakter, fordi funksjonelle verk med karakter av fast eiendom kategoriseres som bygningskunst i § 1 annet ledd nr. 9.

Begreper tilsvarende det norske ordet brukskunst anvendes i den svenske opphovsrättslagen § 1 nr 6 ”*alster av brukskonst*”, den danske ophavsretslov § 1 første ledd ”*værk af*

¹⁸ Norske kunsthåndverkere (2012), Store norske leksikon (2007c), St. meld. 23 (2011-2012) s. 162.

¹⁹ NIR 1968 s. 227, NIR 1967 s. 440, NIR 1957 s. 225, Sarpsborgs tingretts dom av 16. juni 2006.

²⁰ Rt. 2012 s. 1062 premiss 67.

²¹ Rt. 1962 s. 964, s. 966.

brukskunst”, den tyske Urheberrechtsgesetz § 2 (1) nr. 4 ”*Werke ... der angewandten Kunst*”, den franske Code de la propriété intellectuelle artikkel L-112-2nr. 10 ”*les oeuvres des arts appliqués*” og den engelske Copyright, Designs and Patents Act 1988 18A, (1) (b) (ii) ”*a work of applied art*”. Alle disse landene har ratifisert den nevnte Bernkonvensjonen, som nevner ”*verk av brukskunst*”. Ordlydene viser gjennomgående at det er tale om verk med kunstneriske (*kunst* og *art*) og praktiske elementer (*bruk-/ brug-, angewandt, appliqué* og *applied*). Ingen av begrepene er nærmere forklart i lovtekstene. Landenes rettspraksis viser at verkshøydekravet til brukskunst varierer sterkt. Den juridiske betydningen av ordet brukskunst er altså ikke ensartet.²² Den utenlandske begrepsbruken er av derfor veiledende i avklaringen av ordet brukskunst.

Oppsummerende kan det sies at de norske rettskildene anvender ordet brukskunst som en betegnelse på gjenstander med et delt funksjonelt og estetisk formål. Brukskunst er en underkategori av åndsverkslovens begreper *kunstindustri* og *kunsthåndverk*. Utover det delte formålet inneholder ikke rettskildene nærmere retningslinjer for hva som regnes som brukskunst. En av grunnene til det kan være at åndsverklovens liste over verkstyper ikke er uttømmende, og at det således ikke er en betingelse for opphavsrettslig vern om en gjenstand regnes som brukskunst eller om den for eksempel er et grensetilfelle mellom brukskunst og ren kunst. Den rettslige bruken av ordet brukskunst stemmer overens med den naturlige språklige forståelsen av brukskunst som en gjenstand med et delt funksjonelt og estetisk formål. Brukskunst kan etter dette defineres slik: Med brukskunst menes løse- gjenstander med et delt estetisk og funksjonelt formål.

1.3.2 Design

Designloven inneholder en legaldefinisjon av design i § 2 første ledd. Design forstås som ”*utseendet til et produkt eller en del av et produkt som særlig følger av de karakteristiske trekkene ved linjene, konturene, fargene, formen, strukturen eller materialet til produktet*”

²² Levin (1984) s. 76.

eller produktets ornamentering.” Ordet ”produkt” omfatter ikke bare fysiske gjenstander som er fremstilt industrielt eller håndverksmessig, men også grafiske symboler og skifttyper. Et produkts *utseende* blir ikke definert i loven. Eksempelene i § 2 gjør det likevel klart at det i første rekke siktes til egenskaper som kan oppfattes med synssansen.

Det stilles ingen krav til designens estetiske kvalitet eller brukervennlighet.²³ Designbegrepet er dermed nøytralt.²⁴ Av forarbeidene til EUs designdirektiv, som ligger til grunn for designloven, fremgår det at definisjonen bør tolkes så vidt som mulig for å dekke enhver økonomisk verdi knyttet til produktets ytre. Design skal derfor forstås som alle todimensjonale og tredimensjonale farge- og formelementer som kan fornemmes med menneskelige sanser.²⁵

Designloven stiller i § 7 opp enkelte unntak fra designdefinisjonen. Design som for eksempel strider mot offentlig orden eller moral eller krenker annens opphavsrett regnes ikke som design. Videre fremgår det av § 9 at de trekkene ved et produkts utseende som bare er bestemt av teknisk funksjon, ikke omfattes av designretten.

Lovens designbegrep er ellers svært vidt. Alle produkter som har et bestandig utseende, kan i utgangspunktet registreres. Et produkts lukt og smak faller utenfor designbegrepet. Produkter i flytende eller kremet form, som ansiktskremer og maling, regnes heller ikke som design.²⁶ I juridisk litteratur er meningene delte når det gjelder hvorvidt berøringsopplevelsen av et produkt er omfattet av designbegrepet.²⁷

Definisjonen av design viser at design er et langt videre begrep enn brukskunst, siden produkters ”*utseende*” ikke trenger å være kunstnerisk eller estetisk for å kunne kalles design.

²³ jf. fortalens betraktning 14.

²⁴ Schovsbo (2011) s. 370.

²⁵ Green paper 1991 s. 61.

²⁶ Ot. prp. nr. 2 (2002-2003) s. 219.

²⁷ Positive er bl.a. Lassen (2006) s. 35 og Eichmann (2011) s. 40. Motsatt Schovsbo (2011) s. 370.

Det er tilstrekkelig at utseendet ikke utelukkende er bestemt av teknisk funksjon. Oppsummeringsvis kan det sies at design er et produkts håndfaste utseende, og at designlovens designbegrep er nøytralt og svært vidt. Av den grunn vil all brukskunst kunne regnes som design, mens design er mye mer enn brukskunst.

1.4 Rettskildebildet

1.4.1 Lovgrunnlag

De sentrale lovgrunnlagene i oppgaven er åndsverkloven av 12. mai 1961 nr. 2 og designloven av 14. mars 2003 nr. 15.

Åndsverkloven ble vedtatt i 1961 som resultat av et tett, nordisk lovsamarbeid hvor målsettingen var nordisk rettsenhet.²⁸ Det innebærer at nordisk rettspraksis og juridisk litteratur kan belyse problemstillinger i norsk opphavsrett. Man må likevel ta hensyn til at reglene basert på to likelydende lovtekster kan ha utviklet seg i ulike retninger i rettspraksis siden 1961.²⁹ Det gjelder særlig tolkningen av det opphavsrettslige vernet av brukskunst.³⁰

Designloven av 14. mars 2003 nr. 15 gjennomfører Europaparlamentets og Rådets direktiv 98/71/EF om rettslig beskyttelse av mønstre. Designloven tjener altså til å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.³¹ Det gjelder også de endringene i åndsverkloven som er foranlediget av de syv direktivene Norge har implementert på opphavsrettens område, men ingen av bestemmelsene det gjelder er relevante for denne oppgaven.

²⁸ Ot.prp.nr. 26 (1959-1960) s. 4-5, Rognstad (2009) s. 28

²⁹ Rognstad (2009) s. 43.

³⁰ Hakoranta (2005) s. 46.

³¹ Et direktiv er en sekundær rettsakt vedtatt av et EU-organ med kompetanse i det primære rettsgrunnlaget Traktaten for den Europeiske unions virkemåte (TFEU), jf. dennes art. 288 (1). Det er opp til hvert medlemsland å avgjøre form og midler for gjennomføringen, jf. TFEU art 288 (3). I Norge inntas direktiver som vedlegg til EØS-avtalen før de gjennomføres, jf. EØS-avtalen art. 7 bokstav b.

1.4.1.1 Forholdet til EØS-retten

De EØS-rettslige reglene i begge lover skal ved motstrid ”gå *foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold*”, jf. EØS-loven § 2. Forrangsbestemmelsen innebærer at i tilfelle motstrid som ikke kan løses gjennom harmoniserende tolkning, må en lovregel som ikke gjennomfører et direktiv, stå tilbake for en EØS-rettslig regel.³² Tilsvarende bestemmelse finnes i menneskerettsloven § 3. Forrangsregelen innebærer ikke at designloven er trinnhøyere enn annen norsk lov eller såkalt semikonstitusjonell, men at det i tilfelle motstrid gjelder en eksplisitt kollisjonsnorm.³³

Domstolene har plikt til å tolke bestemmelser som oppfyller forpliktelser etter EØS-avtalen fellesskapskonformt, noe Høyesterett slo fast i Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I).³⁴ Fellesskapskonform tolkning innebærer nasjonal rett tolkes på en måte som gir EU-retten mest mulig effektiv virkning.³⁵ Videre er europaretslige begreper autonome. Det betyr at meningsinnholdet tolkes autoritativt av EU-domstolen og uavhengig av nasjonal praksis om tilsvarende begreper.³⁶

Norske myndigheter har plikt til å tolke EØS-rettslige regler i samsvar med EU-domstolens praksis. For rettspraksis frem til EØS-avtalen ble undertegnet 2. mai 1992 følger plikten av EØS-avtalen art. 6, jf. Overvåknings- og domstolsavtalen art. 3 nr. 2.³⁷ Gjennom disse bestemmelsene kunne man oppnå rettsenhet i EØS uten at EFTA-statene formelt sett underkastet seg EU-domstolens jurisdiksjon.³⁸ Høyesterett avgjorde i Rt. 2002 s. 391 (God Morgen) at også *senere* praksis fra EU-domstolen “*skal tillegges stor vekt ved tolkningen av*

³² Arnesen (2009) s. 52, 127.

³³ *ibid* s 53.

³⁴ s. 1829.

³⁵ Arnesen (2009) s. 58.

³⁶ Sag 75/63 Mrs M.K.H. Hoekstra v. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten, Saml. 1964/472.

³⁷ EU-domstolen het EF-domstolen frem til ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten 1. desember 2009. For enkelthets skyld benyttes betegnelsen EU-domstolen også i omtalen av rettspraksis fra EF-tiden.

³⁸ Fredriksen (2011) s. 79.

norsk lov.”³⁹ Uttalelsen innebærer ikke at Norge formelt sett er bundet av EU-domstolens praksis. Dermed opprettholdes prinsippet i Grunnloven § 88 om at ”*Høyesteret dømmer i sidste Instans.*” I realiteten har Høyesterett alltid har rettet seg etter EU-domstolens prejudikater, slik at det kan være grunnlag for å si at norske domstoler stilltiende og uformelt har akseptert EU-domstolen som prejudikatsdomstol.⁴⁰ Det er dermed klart at praksis fra EU-domstolen en relevant og viktig rettskilde i denne oppgaven.⁴¹

1.4.1.2 Forholdet mellom åndsverkloven og designloven

Forholdet mellom opphavsrett og designrett er løst i åndsverkloven § 10 første ledd og designloven § 1 annet ledd, hvor det fremgår at det er mulig å være vernet av begge lover samtidig. Denne kumulasjonsløsningen ble innført med mønsterloven av 1970, som er forgjengeren til dagens designlov.⁴² Etter den tidligere mønsterloven av 1910 innebar mønsterregistrering at åndsverklovens vern av et verk som industrielt forbilde falt bort. Man hadde altså en løsning uten kumulasjon. Forarbeidene til mønsterloven av 1970 drøftet grenseflateproblemene mellom mønsterretten og åndsverkretten. Deres konklusjon var at de ulempene det innebar å gi enkelte mønster og åndsverk kumulativt vern, kunne oppveies gjennom et relativt strengt verkshøydekrav for brukskunst.⁴³

1.4.2 Forarbeider

I norsk rettskildelære er lovforarbeidene en relevant rettskilde hvis vekt varierer med bl.a. forarbeidenes alder, grundighet, hvem de skriver seg fra og forholdet til andre rettskilder.⁴⁴ Forarbeidene til åndsverkloven er relativt gamle, noe som kunne tilsi at deres rettskilde-

³⁹ s. 395-396.

⁴⁰ Fredriksen (2011) s. 80.

⁴¹ Lassen (2006) s. 29.

⁴² Rognstad (2009) s. 61.

⁴³ Mønsterlovinstillingen s. 40.

⁴⁴ Eckhoff (2001) s. 74, 70, 83-90.

messige vekt hadde avtatt.⁴⁵ Vanligvis vil rettspraksis over tid utfylle den avklarende rollen forarbeidene til en fersk lov har, da ingen andre rettskilder har høyere vekt enn en høyesterettsavgjørelse som direkte avgjør et tolkningsspørsmål.⁴⁶ Det finnes lite rettspraksis om opphavsrett. Forarbeidene til åndsverksloven kan derfor antas å ha beholdt mer betydning enn om det hadde foreligget rikelig med rettspraksis. I tillegg til de norske forarbeidene vil de nordiske forarbeidene ha stor veiledende verdi.⁴⁷ I Rt. 1985 s. 883 understreket Høyesterett betydningen av nordiske forarbeider og rettspraksis. I tolkningen av åndsverkloven § 54 tillå førstvoterende motivene til den tilsvarende svenske bestemmelsen ”*betydelig vekt*”.⁴⁸

Forarbeidene til designloven er fra 2002 og 2003.⁴⁹ Dette skulle etter norsk rettskildelære tilsi at de hadde stor rettskildemessig vekt, særlig siden det ikke foreligger praksis fra Høyesterett. Designloven gjennomfører imidlertid designdirektivet. Forarbeidene til gjennomføringslover gir uttrykk for lovgivers vilje innenfor det skjønnsmessige spillerommet som er overlatt til hver EØS-stat ved gjennomføringen av EU-rettsakten.⁵⁰ Dette tilsier at forarbeidenes vekt er noe mindre enn forarbeidene til rent norske lover. De norske forarbeidene vil uansett ha relevans som en redegjørelse for direktivgjennomføringen og den norske utformingen av reglene.⁵¹

1.4.3 Rettspraksis

Rettskildebildet er preget av at det er avsagt få høyesterettsavgjørelser om opphavsrett og ingen om designrett. I alt foreligger syv dommer hvor Høyesterett har tatt stilling til verks-

⁴⁵ Forarbeidene er NUT 1950:1, Ot. prp. nr. 26 (1959-1960), Innst. O. XI (1960-1961).

⁴⁶ Eckhoff (2001) s. 161.

⁴⁷ Rognstad (2009) s. 41

⁴⁸ s. 890.

⁴⁹ Ot. prp. nr. 2 (2002-2003) og Innst. O. nr. 58 (2002-2003).

⁵⁰ *EØS-rett* (2011) s. 202-203.

⁵¹ *ibid.*

høydespørsmålet i opphavsretten.⁵² To av dem, Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord) og Rt. 2012 s. 1062 (Tripp Trapp), gjelder brukskunst. Det lave antall rettsavgjørelser gjør at det ikke er mulig å analysere beskyttelsesvilkårene for brukskunst i detalj.⁵³

Det foreligger noe mer underrettspraksis om både opphavsrett og designrett til brukskunst. I tråd med alminnelig rettskildelære tillegges underrettspraksis liten rettskildemessig vekt i denne oppgaven.⁵⁴ De dommene som foreligger må dessuten betegnes som enkeltstående. De omhandler ulike typer brukskunst hvor ulike hensyn gjør seg gjeldende. Flere av dommene er fra 50- og 60-tallet, da det rådet et annet og mer skeptisk syn på brukskunstens status som kunst enn i dag.⁵⁵ Dette tilsier at man skal være forsiktig med å legge vekt på underrettspraksis på området.⁵⁶ Underrettspraksis vil likevel ha relevans som illustrasjon av hvilke problemstillinger som oppstår i praksis.

1.4.4 Forvaltningspraksis

Saker om designrett og andre industrielle rettigheter behandles av forvaltningsorganet Patentstyret, som er underlagt Handels- og næringsdepartementet, jf. patentstyreloven av 2012 § 1. *Patentstyrets annen avdeling* var tidligere klageorgan for avgjørelser truffet av patentstyrets fagavdelinger, jf. styreloven av 1910 § 2. Fra 1. april 2013 overtok den nyopprettede *Klagenemda for industrielle rettar* denne kompetansen. Patentstyrets annen avdeling behandlet fire saker om designregistrering. Ingen av dem ble brakt inn for domstolene.

⁵² Rt. 1901 s. 877 (tinglysningsmeddelelser), Rt. 1940 s. 48 (etasjeplantegninger), Rt. 1940 s. 327 (Hallo Hallo, programoversikter for utenlandske kringkastingssendinger), Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord), Rt. 1997 s. 199 (Cirrus, byggespesifikasjoner til luftputekatamaran), Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen, sceneverk) og Rt. 2012 s. 1062 (Tripp Trapp-stolen).

⁵³ Rognstad (2009) s. 98.

⁵⁴ Eckhoff (2001) s. 162.

⁵⁵ Rosenmeier (2001) s. 242.

⁵⁶ Rognstad (2009) s. 98.

Forvaltningspraksis er ifølge alminnelig rettskildelære en relevant rettskilde med en vekt som beror på om praksis er fast, langvarig, utbredt og har høy kvalitet.⁵⁷ Når det gjelder Patentstyrets avgjørelser uttalte Høyesterett i den såkalte Swingball-dommen, som gjaldt patent, at det er ”*all grunn for domstolene til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets avgjørelser i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag som Styret sitter inne med.*”⁵⁸ Uttalelsen kan tolkes som en anerkjennelse av at Patentstyrets praksis har rettskildemessig vekt av betydning. Avgjørelsen har vært omdiskutert i teorien.⁵⁹ Det siterte utsagnet ble imidlertid bekreftet av Høyesterett i Rt. 2008 s. 1555.⁶⁰

I Rt. 1995 s. 1908 (Mozell) uttalte førstvoterende om Swingball-dommens rekkevidde i varemerkesaker at ”*de hensyn som ligger til grunn for uttalelsen [fra Patentstyret], vanligvis ikke kan ha samme vekt i varemerkesaker, hvor de faktiske sider av avgjørelsestemaene ofte vil være lettere tilgjengelige for domstolene, og hvor spørsmålenes rettslige preg kan være sterkere.*”⁶¹ Uttalelsen tyder på at domstolene vil være mer tilbøyelige til å fravike Patentstyrets avgjørelser i varemerkesaker. I varemerkesaker vil forvaltningspraksis derfor ha lavere vekt enn i patentsaker.

Swingball-dommens rekkevidde i *designsaker* ble drøftet i en dom fra Oslo Tingrett i 2002.⁶² Tingretten fant at designsaker må stå i en ”*mellomstilling mellom patentsakene og varemerkesakene*”. Begrunnelsen var at i likhet med varemerkesaker, vil faktum i designsaker gjerne være forståelig for folk uten spesialkunnskaper, slik Høyesterett påpekte i Mozell-dommen. I likhet med patentsaker vil vilkårene for rettsbeskyttelse av design i stor grad bygge på Patentstyrets praksis og vanskelig kunne relateres til objektive, utenforliggende forhold.⁶³ I tråd med dommens resonnement virker det fornuftig å legge til grunn at

⁵⁷ Eckhoff s. 233.

⁵⁸ Rt. 1975 s. 603, s. 606.

⁵⁹ se bl.a. Kleppestø (2007).

⁶⁰ avsnitt 38-40.

⁶¹ på s. 1914.

⁶² Dom fra Oslo Tingrett av 03.05.2002

⁶³ *ibid.* s. 5

Patentstyrets avgjørelser i designsaker vil ha noe mindre rettskildemessig vekt enn i patent-saker, men likevel ikke så liten vekt som i varemerkesaker.

1.4.5 Nærmere om EU- og EØS-retten

Syv direktiver om immaterialrett er innlemmet i EØS-avtalen og utgjør avtalens 17. vedlegg.⁶⁴ Direktivet om opphavsrett i informasjonssamfunnet er horisontalt, dvs. at det gjelder alle typer åndsverk. De andre direktivene gjelder enkelte verkkategorier eller deler av immaterialretten.

I tillegg til designdirektivet har EU vedtatt en forordning om opprettelsen av en overnasjonal løsning om et felles EU-design.⁶⁵ EUs design- og varemerkemyndighet *Kontoret for harmonisering i det indre marked* (fork. OHIM etter den engelske betegnelsen) registrerer EU-design og tilsvare det norske Patentstyret. Kontorets avgjørelser om registrerings- og ugyldighetsspørsmål kan ankes til EUs to rettsinstanser. Da EØS-avtalen ikke omfatter overnasjonale løsninger til fremme av det indre markedet, ligger forordningene utenfor EØS-avtalens virkeområde. OHIMs avgjørelser har derfor ingen rettskildemessig vekt i norsk rett.⁶⁶ Enkelte av bestemmelsene i designforordningen er imidlertid identiske med bestemmelser i designdirektivet. Det gjelder blant annet de sentrale vilkårene om nyhet og individuell karakter. Siden OHIMs avgjørelser bygger på de samme materielle reglene som norsk designrett, har de relevans som illustrasjon av hvilke praktiske problemstillinger som oppstår i designretten. Da kontorets syn gjerne er helt konkret begrunnet, bør det imidlertid ikke uten videre trekkes generelle slutninger fra OHIMs avgjørelser.⁶⁷

⁶⁴ Dir. 2009/24/EF (EDB-direktivet), Dir. 2006/115/EF (utleie- og utlånsdirektivet), dir 2006/116/EF (vernetidsdirektivet), Dir. 2001/84/EF (følgerettsdirektivet), Dir 2001/29/EF (opphavsrett i informasjonssamfunnet), Dir 96/9/EF (databasedirektivet), Dir 1993/83/EØF (satellitt- og kabeldirektivet).

⁶⁵ Rådsforordning 6/2002 (EU-design). En forordning er en sekundær rettsakt som fra ikrafttredelsesdatoen har direkte virkning som nasjonal rett i medlemslandene. I Norge må forordninger inntas som vedlegg til EØS-avtalen før de får direkte virkning, jf. EØS-avtalen art. 7 bokstav a.

⁶⁶ *EØS-rett* (2011) s. 102, 280-281, Lassen (2006) s. 29.

⁶⁷ Lassen (2006) s. 57.

Enkelte steder i oppgaven viser jeg til EU-kommisjonens *Green paper on the legal protection of industrial design* fra 1991. Grønnboken er en del av forarbeidene til designloven. Forarbeider i form av uttalelser og henstillinger fra EU-organer, såkalt ”soft law”, er ikke bindende rettskilder i EU-retten, jf. Traktaten for den Europeiske unions virkemåte art. 288 femte ledd. Likevel skal nasjonale domstoler ta hensyn til forarbeidene når de er ment å utfylle bindende unionsrett og kan bidra til fortolkningen av nasjonale gjennomføringsbestemmelser.⁶⁸ Det samme må gjelde under EØS-avtalen.⁶⁹ Andre steder i oppgaven henviser jeg til betenkninger i foralen til designdirektivet. Betenkningene inneholder ingen bindende regler, men belyser motivene bak direktivene. De har således rettskildemessig relevans når rettigheter og plikter i direktivreglene skal klarlegges.⁷⁰

1.4.6 Annen internasjonal rett

Norge er bundet av flere konvensjoner som pålegger myndighetene plikter på immaterialrettens område. På området for industrielt rettsvern, dvs. rettslig beskyttelse i form av patent, varemerke- eller designregistrering, forplikter *Pariskonvensjonen* fra 1883 Norge og 173 andre konvensjonsland til å lovbeskytte bl.a. industridesign.⁷¹ Den oppstiller ingen særskilte regler om vilkårene for designvern, og vil ikke være et relevant rettsgrunnlag i oppgaven. Når det gjelder opphavsrett, forplikter *Bernkonvensjonen* om vern av litterære og kunstneriske verk fra 1887 Norge til å sikre utenlandske åndsverk vern i landet. Den aktuelle konvensjonsteksten fra 1971 unntar brukskunst og design fra de materielle kravene til medlemslandenes lovgivning om vern for litterære og kunstneriske verk. Konvensjonen gir således ingen veiledning om vilkårene for designrett og opphavsrett, og er ikke et relevant rettsgrunnlag i oppgaven.

⁶⁸ Sag C-322/88 Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles Saml. 1989 s. 04407.

⁶⁹ *EØS-rett* (2011) s. 57, 231.

⁷⁰ *EØS-rett* (2011) s. 231.

⁷¹ *Pariskonvensjonen* art. 5quinquies.

2 Hensyn

2.1 Hvorfor beskytte brukskunst som åndsverk?

Formålet med åndsverkloven er å beskytte resultatet av kunstnerisk, litterær og vitenskapelig innsats ved å gi opphavspersonen enerett til sitt verk. Begrunnelsen for å beskytte åndsverk kan grovt deles opp i rettferdighetshensyn og samfunnsøkonomiske hensyn.

Fra et naturrettslig forankret *rettferdighets- og rimelighetssynspunkt* er opphavsretten begrunnet med at opphavsmannen alene skal høste fruktene av sin skaperkraft. Fordi det er han som har skapt verket, er det rettferdig at han også skal besitte de immaterielle rettighetene til det.⁷² Andre skal ikke kunne berike seg på hans bekostning. Opphavsretten blir således en form for eiendomsrett og en belønning for opphavsmannens skapende innsats.⁷³ Slike oppfatninger sto sterkt i forarbeidene til åndsverkloven av 1930: *”Kunstnerens og forfatterens krav på at rettsordenen garanterer ham adgang til å nyte de økonomiske frukter av sitt arbeid er likeså dypt etisk og sosialt berettiget som selve eiendomsretten til materielle ting.”*⁷⁴

Når det gjelder brukskunst, er det ut fra slike rettferdighetshensyn dens *kunstneriske* side som gjør verkstypen verdt å belønne med opphavsrett. Høyesterett poengterte dette i Wegner-dommen: *”Når et slikt verk oppnår det rettsvern som [åndsverk]loven gir, er det fordi det dreier seg om en frembringelse på det kunstneriske område”*.⁷⁵

Fra et *samfunnsøkonomisk synspunkt* skal opphavsretten verne om muligheten til avkastning av kreativt arbeid og sikre opphavspersonens investeringer i tid og skapende innsats. Når opphavsmannen får økonomiske incentiver til å skape nye åndsverk, er tanken at opphavsretten stimulerer den kulturelle produksjonen i samfunnet og øker den sosiale velfer-

⁷² jf. Rognstad (2009) s. 31.

⁷³ Rognstad (2009) s. 31.

⁷⁴ Innst. 1925 s. 14.

⁷⁵ Rt. 1962 s. 964, på s. 966.

den.⁷⁶ Opphavsretten bidrar i tillegg til at belastningen med å lønne opphavsmannen spres på alle som benytter seg av verket.⁷⁷ Samfunnsøkonomisk sett er brukskunsten beskyttelsesverdig fordi den som kunstnerisk frembringelse er en del av den kulturelle produksjonen man ønsker å stimulere gjennom økonomiske incentiver.

Den eneretten som oppnås ved opphavsrett realiserer altså en kulturpolitisk målsetning om stimulere kulturell produksjon.⁷⁸ Eneretten innebærer imidlertid også et rettslig monopol som kan ha konkurransebegrensende virkning og i verste fall hindre den kulturelle utviklingen. Opphavsmannens rettigheter må derfor avbalanseres mot samfunnsmessige hensyn.⁷⁹

Også opphavsmannen har interesse av en avbalansert opphavsrett. På den ene siden har han interesse av et sterkt vern for egne åndsverk. På den annen side oppstår ingen åndsverk i et kulturelt vakuum. Opphavsmannen har derfor interesse av et svakt vern for andres åndsverk når han lar seg inspirere i skaperprosessen og i større eller mindre grad baserer et nytt verk på andres åndsverk.⁸⁰ *Friholdelseshensynet*, som går ut på at samfunnsmessige hensyn tilsier at visse frembringelser bør unntas for opphavsrettslig vern eller bør ha et begrenset vern, er av den grunn et tungtveiende mothensyn til opphavsretten.⁸¹

Samfunnet har særlig interesse av at funksjonelle elementer kan utnyttes uten hindring. Det er akseptabelt at man ikke kan kopiere for eksempel Tripp Trapp-stolens estetiske formgivning, men ikke at stolens funksjonelle elementer monopoliseres. Det ville hindre produktutviklingen og føre til en uforholdsmessig konkurransebegrensning. Funksjonelle elementer kan derfor benyttes fritt, noe Høyesterett poengterte i Wegner-dommen: ”*For så vidt ang-*

⁷⁶ Rognstad (2009) s. 32, Blomqvist (2003) s. 64, Levin (1984) s. 64.

⁷⁷ Blomqvist (2003) s. 64.

⁷⁸ Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) s. 7.

⁷⁹ Ot. prp. nr. 2 (2002-2003) s. 35, Børde (2008) s. 8.

⁸⁰ Rognstad (2009) s. 32-33.

⁸¹ *ibid* s. 64.

*år kunsthåndverk og kunstindustri, må dette etter min mening føre til at den som frembringer et slikt verk, ikke får opphavsrett når det gjelder rent tekniske eller bruksmessige sider av verket. På disse områder får ikke opphavsmannen særrettigheter som utelukker andre.”*⁸² Friholdelseshensynet gjør seg altså sterkt gjeldende for brukskunst, som i tråd med begrepsdefinisjonen alltid vil ha et funksjonelt element.⁸³

2.2 Hvorfor beskytte design?

Mange av hensynene bak opphavsretten gjelder også i designretten. Forarbeidene til designloven angir både *rettsferdighetshensyn* og *samfunnsøkonomiske hensyn* som begrunnelser for å beskytte ny design. God design er en stadig viktigere konkurransefaktor som det investeres betydelig ressurser i. Rimelighetshensyn tilsier derfor at designeren skal beskyttes mot plagiering slik at hun ”*selv kan høste fruktene av sin innsats.*”⁸⁴

Forarbeidene beskriver også de samfunnsøkonomiske hensynene bak designretten: Den bærende tanken er ”*å motivere til nyskapning.*”⁸⁵ Designretten kan forhindre at en produsent taper kunder til billige kopiprodukter og således bidra til å øke avkastningen et av produkt. Dokumentasjon på enerett kan også gi et taktisk godt utgangspunkt for å forhandle om for eksempel finansiering og salg av produkter.⁸⁶ Designrett kan følgelig virke som et økonomisk incentiv til å drive produktutviklingen videre. Det er dessuten samfunnsøkonomisk ressursbesparende å unngå at samme design produseres to ganger av to ulike designere.⁸⁷

⁸² Rt. 1962 s. 962 på s. 966.

⁸³ Rognstad (2009) s. 94.

⁸⁴ Ot. prp. nr. 2 (2002-2003) s. 18.

⁸⁵ *ibid* s. 43.

⁸⁶ Norsk designråd (2009).

⁸⁷ Ot. prp. nr. 2 (2002-2003) s. 18, 30.

Designdirektivet er basert på en markeds- og industriorientert tilnærming til design, hvor design hovedsakelig blir betraktet som et markedsføringsverktøy.⁸⁸ EU-kommisjonen begrunner designretten med blant annet behovet for å sikre europeiske produkters konkurransedyktighet overfor billige produkter fra utviklingsland.⁸⁹ Den norske regjeringen har anlagt et tilsvarende perspektiv: ”Kompetanseinnholdet i våre varer og tjenester er avgjørende for at vi skal kunne konkurrere med land og bedrifter som har lavere kostnadsnivå enn vi har. Design er et eksempel på slik kompetanse.”⁹⁰ Designretten har altså en næringspolitisk begrunnelse som mangler i opphavsretten.

Designretten innebærer på samme måte som opphavsretten et tidsbegrenset rettslig monopol. I en avbalansert designrett vil de stimulerende effektene av monopoliet føre til at resultatet samlet sett er økt konkurranse. Et beskyttelsessystem som belønner nyskapning og hindrer ren kopiering, fører til at forbrukerne kan velge i et større og bedre produkttilbud.⁹¹ Designrett må imidlertid ikke være så omfattende at den innebærer en konkurransebegrensende monopolisering av hele produkttyper.⁹²

Designloven skiller ikke mellom ulike produkttyper. Det finnes derfor ingen særskilt legislativ begrunnelse for vern av brukskunst.

⁸⁸ Suthersanen (2010) s. 178.

⁸⁹ Green paper 1991 s. 2.

⁹⁰ Nærings- og handelsdepartementet (2006) s. 3.

⁹¹ Ot. prp. nr. 2 (2002-2003) s. 35.

⁹² *ibid.*

3 Det generelle verkshøydekravet i opphavsretten

3.1 Innledning

Den nedre grensen for hva som kan kalles et åndsverk, omtales i norsk rett som kravet til verkshøyde.⁹³ Verkshøydekravet er det første av tre vilkår for opphavsrettsbeskyttelse. Det andre vilkåret er at verket må være noe opphavsmannen *skaper*, jf. åndsverkloven § 1 første ledd, dvs. at det må være tale om opphavsmannens *frembringelse*.⁹⁴ Vilkåret avgrenser åndsverk fra rene gjengivelser eller reproduksjoner av eksisterende verk, naturvitenskaplige oppdagelser eller gjenstander fra naturen.⁹⁵ Videre innebærer det at opphavsmannen må være et menneske, og at hans idé må har manifestert seg i noe som har ytre realitet, da ideer nyter ikke opphavsrettslig vern.⁹⁶ Det tredje vilkåret er at åndsverket må være av *litterær, vitenskapelig eller kunstnerisk art*, jf. åndsverkloven § 1 annet ledd, hvor det i nr. 1 til 13 er angitt en ikke uttømmende liste med eksempler på åndsverk. Begrepene ”*litterær og kunstnerisk*” skiller seg fra vanlig språkbruk ved at betydningen er vid nok til å omfatte kart, datamaskinprogrammer og tekniske tegninger.⁹⁷ Det tredje vilkåret er som nevnt at et åndsverk må ha *verkshøyde*.

3.2 Verkshøydevurderingen

Kravet om verkshøyde går ut på å avgjøre hvilke frembringelser som har åndsverkkarakter og som derfor berettiger til opphavsrettsbeskyttelse.⁹⁸ Verkshøydevurderingen er utpreget skjønnsmessig og en av de vanskeligste vurderinger i opphavsretten.⁹⁹ Begrepet stammer fra tysk rettsterminologi, hvor uttrykkene *Schöpfungshöhe*, *Gestaltungshöhe* eller *Werkshöhe* uttrykker den grad av skaperkraft og individualitet som må finnes i et verk for at det

⁹³ Rt. 2007 s. 1329 premiss 43.

⁹⁴ Knoph (1936) s. 62 flg, Rognstad (2009) s. 77.

⁹⁵ Rognstad (2009) s. 77-79

⁹⁶ Rt. 1962 s. 964 på s. 966, Rosenmeier (2001) s. 59-62, Rognstad (2009) s. 77-79.

⁹⁷ Rognstad (2009) s. 80-81, Rosenmeier (2001) s. 53.

⁹⁸ Rognstad (2009) s. 77.

⁹⁹ Helset (2009) s. 447.

skal få opphavsrettslig beskyttelse.¹⁰⁰ Verkhshøydekravet fremgår ikke direkte av ordlyden i åndsverkloven. Kravet til åndsverkarakter fremgår imidlertid av lovforarbeidene, som med Knophs ord uttaler at et åndsverk ”*iallfall i noen grad [må] være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side.*”¹⁰¹

Høyesterett har tatt utgangspunkt i tilsvarende formuleringer for å presisere verkshøydekravet (egne uthevninger): ”*Det avgjørende er om det ved en individuell skapende innsats er frembrakt noe som fremstår som originalt.*”¹⁰² ”*Åndsverklovens regler beskytter tegningen som åndsverk, og vilkåret er at tegningen representerer en kunstnerisk eller annen åndelig innsats – en originalitet – som berettiger til at den betegnes som åndsverk.*”¹⁰³ ”*For at en frembringelse skal ha karakter av ”åndsverk” i åndsverkslovens forstand, må den være resultat av en individuelt preget skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt*”¹⁰⁴.

Av sitatene fremgår det at Høyesterett anser *originalitet* for å være det sentrale vilkåret for verkshøyde. Åndsverket må være originalt i betydningen særpreget og egenartet. Det er tilstrekkelig at åndsverket subjektivt sett er nytt og originalt.¹⁰⁵ Det betyr at opphavsmannens subjektive kunnskap om andre lignende frembringelser tillegges betydning. Så lenge verket fremstår som nytt for opphavsmannen og det ikke kan bevises at åndsverket er en bevisst etterligning av et annet verk, får opphavsmannen opphavsrettslig vern for sitt verk. Det er åndsverkets selvstendige og uavhengige originalitet som er avgjørende.¹⁰⁶ På dette punkt skiller opphavsretten seg fra designretten. Her gjelder et *objektivt* nyhetskrav av typen ”først i tid, best i rett”.¹⁰⁷ Den som var først ute med å lansere et produkt vil få såkalt

¹⁰⁰ Schulze i: Dreier (2008) § 2 rd. 20.

¹⁰¹ Ot.prp.nr. 26 (1959-1960) s. 12, Knoph (1936) s.

¹⁰² Rt. 1962 s. 964 på s. 967.

¹⁰³ Rt. 1997 s. 199 på s. 219.

¹⁰⁴ Rt. 2007 s. 132, premiss 43.

¹⁰⁵ Vyrje (1987) s. 94.

¹⁰⁶ Vyrje (1987) s. 97, Nordell (1990) s. 42.

¹⁰⁷ Rognstad (2009) s. 83.

prioritetsrett som forhindrer at andre vinner bedre rett til verket.¹⁰⁸ Det subjektive originalitetskravet innebærer at det er viss mulighet for at to opphavsmenn uavhengig av hverandre kan komme til å skape to identiske åndsverk. Dette kalles risikoen for dobbeltfrembringelser. I et slikt lite sannsynlig tilfelle får begge opphavsmennene opphavsrett.¹⁰⁹

Risikoen for dobbeltfrembringelser kan benyttes som et avgrensningskriterium i verkshøydevurderingen. Det såkalte *dobbeltskapelseskriteriet* går ut på at et verk har verkshøyde dersom det er usannsynlig at en annen opphavsmann uavhengig kunne komme til å frembringe et identisk verk.¹¹⁰ I vurderingen av momentet må rettsanvenderen foreta en hypotetisk vurdering av risikoen for dobbeltfrembringelser både fremover og bakover i tid.¹¹¹ Dobbeltskapelseskriteriet har hatt betydelig gjennomslag i svensk rett, og er et eksempel på hvordan det har utviklet seg ulik praksis knyttet til likelydende nordiske lovtekster.¹¹² I Rt. 2007 s. 1329 (Huldra i Kjosfossen) anerkjente Høyesterett at dobbeltskapelseskriteriet kunne bidra med ”*en viss veiledning, men at de ikke kan tas for bokstavelig*”.¹¹³ Det avgjørende for verkshøydespørsmålet er om verket er originalt.¹¹⁴

Beslektet med dobbeltskapelseskriteriet er *valgfrihetssynspunktet*, som går ut på at et åndsverk har verkshøyde dersom det er et resultat av et kvalifisert antall kreative valg. Noen verk gir opphavsmannen full valgfrihet i den kreative prosessen. Det gjelder for eksempel formfrie dikt og malerier. Andre verk gir begrenset valgfrihet fordi verket skal oppfylle tekniske eller funksjonelle krav. Hvis begrensningene er så mange at det bare er ett eller svært få mulige utfall av en kreativ prosess, vil ikke et verk ha verkshøyde etter valgfrihetssyns-

¹⁰⁸ Lassen (2006) s. 72.

¹⁰⁹ Rognstad (2009) s. 83.

¹¹⁰ Rognstad (2009) s. 83, Rosenmeier (2001) s. 132 flg., Schovsbo (2011) s. 65.

¹¹¹ Levin (1984) s. 297.

¹¹² Rognstad (2009) s. 83.

¹¹³ premiss 44.

¹¹⁴ Rt. 2007 s. 1329, premiss 44.

punktet. Høyesterett har uttalt at synspunktet vil kunne gi en viss veiledning i verkshøydevurderingen.¹¹⁵

Av rettspraksis fremgår det at verkshøydevurderingen er en *helhetsvurdering*.¹¹⁶ Enkeltelementer i et verk kan vurderes som uoriginale fordi de stammer fra enten et annet åndsverk eller det såkalte åndelige felleseie – vår felles kulturarv. Verket kan likevel ha verkshøyde fordi *sammenstillingen* av elementene uttrykker en individuell, skapende innsats.¹¹⁷

I forarbeidene uttaltes at det er ”...verkets art, ikke kvaliteten det kommer an på” i verkshøydespørsmålet.¹¹⁸ Sitatet gir uttrykk for et opphavsrettslig grunnprinsipp om at verkshøydekravet gir anvisning på en rettslig vurdering og ikke en kunstfaglig kvalitetsvurdering.¹¹⁹ Så lenge åndsverket er et originalt resultat av en individuelt skapende innsats, er det uten betydning om det er godt eller dårlig. Originalitetsvurderingen vil som alle skjønnsmessige vurderinger få et visst subjektivt preg, men kriteriet skal være originalitet og ikke kvalitet.¹²⁰ Verkets *kvantitative* omfang tillegges heller ikke vekt i verkshøydevurderingen, så lenge verket gir tilstrekkelig kreativt spillerom til at resultatet av den individuelle skaperinnsatsen kan betegnes som originalt.¹²¹ Et kort dikt kan derfor være like berettiget til opphavsrettslig vern som en lang roman.

Sammenfattende kan en si at et verk har verkshøyde hvis det er et originalt resultat av en individuelt preget skaperinnsats. Originaliteten kan fremgå av enkeltelementer eller i den helhetlige sammenstillingen av kjente elementer. I verkshøydevurderingen skal det ikke tas stilling til verkets kvalitet eller kvantitet. Som momenter i en helhetsvurdering kan man evaluere risikoen for dobbeltfrembringelser og graden av valgfrihet i skaperprosessen. Selv

¹¹⁵ Rt. 2007 s. 1329, premiss 44.

¹¹⁶ jf. Rt. 2012 s. 1062, premiss 58 og 70, Rt. 1962 s. 964, s. 967.

¹¹⁷ Rt. 2007 s. 1329, premiss 45.

¹¹⁸ NUT 1950-1 s. 10.

¹¹⁹ Knoph (1936) s. 64-65, Stray-Vyrje (1984) s. 99, Rognstad (2009) s. 85.

¹²⁰ jf. Knoph (1936) s. 65 note 1, Rognstad (2009) s. 86.

¹²¹ Rognstad (2009) s. 86.

om det er mulig å beskrive hvilke momenter som inngår i verkshøydevurderingen, vil selve verkshøydegrensen bare kunne fastsettes i den konkrete sak. Den lar seg ikke formulere i noen eksakt formel.¹²² Det er imidlertid antatt at terskelen for verkshøyde har sunket gjennom årene, både i Norge og internasjonalt.¹²³

3.3 Åndsverk vurderingen i EU- og EØS-retten

I Tripp Trapp-dommen behandlet Høyesterett for første gang spørsmålet om hvorvidt EU-domstolen har etablert et felleseuropeisk verkshøydebegrep.¹²⁴ Førstvoterende gikk ikke inn på vurdering av et slikt begrep, men avviste at det ville være ”*bindende for en avgjørelse om verkshøyde for brukskunst basert på norsk rett*”.¹²⁵ Uttalelsen har vært kritisert i juridisk teori, og rettstilstanden kan antas å være uavklart.¹²⁶ Det er derfor grunn å redegjøre kort for åndsverk vurderingen i EU- og EØS-retten.

Ingen av EU-direktivene om opphavsrett oppstiller noen generell definisjon av hva som er et åndsverk og dermed opphavsrettslig beskyttet. EU-domstolen har i sin praksis definert et *originalitetskriterium* for å avgjøre hva som er et åndsverk.¹²⁷ Etter originalitetskriteriet må et åndsverk være ”*ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse*”.¹²⁸ Det er tilfelle hvis opphavsmannen har hatt tilstrekkelig spillerom for ”*frie og kreative valg*” til at verket ”*afspejler hans personlighed*”.¹²⁹ Det er altså opphavsmannens *valg* som uttrykker originalitet.¹³⁰ Kreative valg er blitt ansett å foreligge når opphavsmannens ”*råderum med hensyn*

¹²² Adamsson (2005) s. 37

¹²³ Rognstad (2009) s. 82.

¹²⁴ Rt. 2012 s. 1062, premiss 68.

¹²⁵ premiss 69.

¹²⁶ Problemstillingen omtales nærmere under 4.6.

¹²⁷ Sag C-5/08 Infopaq International A/S mod Danske Dagbladets Forening (heretter: Infopaq), premiss 30-37.

¹²⁸ Infopaq premiss 35, art. 1 nr. 3 Dir. 2009/24/EF (EDB-direktivet), art. 3 nr. 1 Dir. 1996/9/EF (databasedirektivet), art. 6 Dir. 2006/116/EF (vernetidsdirektivet).

¹²⁹ Sag C-145/10 Eva-Maria Painer mod Standard VerlagsGmbH m. fl. (heretter: Painer), premiss 88-89, jf. motsetningsvis Forenede sager C-403/08 FAPL mod QC Leisure m. fl. og C-429/08 Karen Murphy v Media Protection Services Ltd. (heretter: FAPL), premiss 98.

¹³⁰ Tøien (2012) s. 415.

til at udtrykke sine kreative evner” ikke er ”begrænsede eller ikke-eksisterende”.¹³¹ Domstolens praksis kan tyde på at den fokuserer mer på hvorvidt skaperprosessen er preget av originalitet, enn om det endelige verket fremstår som originalt.¹³² Hvorvidt en konkret tvis-tegjenstand oppfyller originalitetskriteriet, er det opp til de nasjonale domstolene å avgjøre.¹³³

Spørsmålet er om EU-domstolens originalitetskriterium er harmonisert, dvs. gjeldende i alle medlemsland, og om det gjelder alle verkstyper. Rettspraksis har vist at originalitetskriteriet naturlig nok gjelder direktivregulerte verk som edb-programmer, databaser og fotografier. Det gjelder også på tvers av direktivregulerte områder, fordi domstolen har trukket slutninger fra ett direktiv til et annet og fra rettspraksis om ett direktiv til et annet.¹³⁴ Kriteriet er dessuten blitt anvendt på verkstyper utenfor direktivregulerte områder.¹³⁵ På dette grunnlag hevder bl.a. den danske professoren Schovsbo at det i EU- og EØS-landene gjelder et generelt og harmonisert originalitetskriterium for alle verkstyper.¹³⁶

Flere argumenter trekker i motsatt retning. Hittil er originalitetskriteriet blitt anvendt på litterære åndsverk. Selv om det skulle anvendes også på kunstneriske verk, er det et åpent spørsmål om domstolen vil legge terskelen på samme nivå.¹³⁷ Det er også uklart hvilken kompetansefordeling domstolen ser for seg når den uttaler at det er de nasjonale domstolene som skal foreta den konkrete originalitetsbedømmelsen.¹³⁸ Ifølge Bing og Rognstad er det vanskelig å si hvor terskelen for originalitet ligger, fordi EU-domstolens domspremisser

¹³¹ Painer premiss 93.

¹³² Tøien (2012) s. 415.

¹³³ Painer premiss 94, Sag C-604-10 Football Dataco Ltd m. fl. mod Yahoo! UK Ltd m. fl., premiss 43, Infopaq premiss 51, FAPL premiss 158, Sag C-393/09 BSA mod Svaz softwarové ochrany, premiss 47.

¹³⁴ Jf. de gjennomgående henvisningene til Infopaq-sakens tolkning av Infosoc-direktivet, se for eksempel Painer premiss 87 og 89 og SAS Institute premiss 65.

¹³⁵ I for eksempel SAS institute-dommen ble det nevnt at originalitetskriteriet kunne finne anvendelse på programmeringsspråk og datafilformater, to hittil uregulerte verkstyper (premiss 45).

¹³⁶ Schovsbo (2012). I samme retning: Berger (2012) s. 355, Handig (2009) s. 684.

¹³⁷ Kopp (2012) s. 261.

¹³⁸ Tøien (2012) s. 415.

er knappe og nettopp fordi den konkrete bedømmelsen av originalitet tilligger nasjonale domstoler.¹³⁹ Når både kriteriet og kompetansefordelingen mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler er så uklar, kan det være vanskelig å hevde at nasjonale domstoler er bundet av et EU-rettslig originalitetskriterium. EUs åndsverksbegrep kan derfor sies å befinne seg i en overgangsfase hvor de nasjonale rettsystemene er i ferd med å integreres i en delharmonisert europeisk opphavsrett.¹⁴⁰ Inntil verkshøydekravet er blitt direkte harmonisert eller grundig utdypet i praksis, er det nærliggende at nasjonale domstoler vil utnytte tolkingsrommet i et eventuelt europeisk originalitetskravet til å videreføre egne, nasjonale verkshøydetradisjoner.¹⁴¹

¹³⁹ Bing og Rognstad (2012) s. 357.

¹⁴⁰ Handig (2012) s. 979.

¹⁴¹ Berger (2012) s. 355, Handig (2009) s. 674.

4 Verkhøydekravet for brukskunst

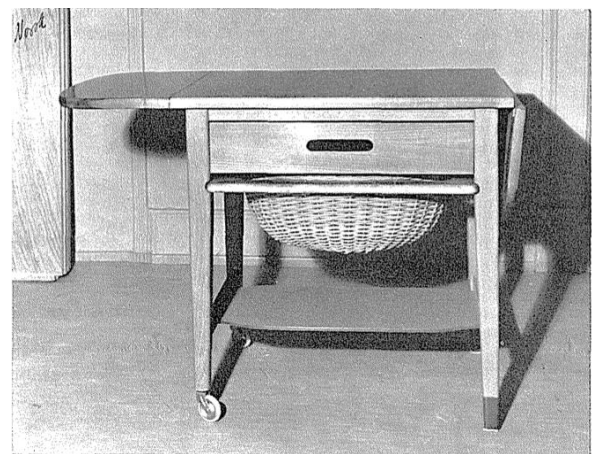
4.1 Innledning

Brukskunst er som nevnt en underkategori av kunstindustri og kunsthåndverk, som er oppført som eksempler på åndsverk i åndsverkloven § 1 annet ledd nr. 10. Loven gir ingen anvisning på hva som skal til for at disse verkstypene skal regnes som åndsverk.

Høyesterett har avsagt to dommer om opphavsrett til brukskunst. I Rt. 1962 s. 964 (Wegners sybord) kom Høyesterett under tvil til at den danske designeren Hans Wegners kombinasjon av et sofabord og et sybord kunne regnes som et åndsverk.¹⁴² Én dommer dissenterter. Saksøktes sybord "Bjørn" ble ikke ansett å krenke Wegners opphavsrett.¹⁴³



Wegners sybord¹⁴⁴



Bordet »Björn«

Bordet "Bjørn"¹⁴⁵

I Rt. 2012 s. 1062 (Tripp Trapp) var ikke Høyesterett i tvil om at barnestolen Tripp Trapp var et åndsverk. Saksøktes stol Oliver ble ansett å være en meget nær etterligning som krenket opphavsretten til Tripp Trapp-stolen.

¹⁴² på s. 968.

¹⁴³ Dommen bygger på åndsverkloven av 1930, men de rettslige vurderingstemaene var de samme som etter dagens lov.

¹⁴⁴ www.lauritz.com

¹⁴⁵ NIR 1963 s. 204.



Tripp Trapp-stolen (t.v.) og Oliver-stolen.¹⁴⁶

I Tripp Trapp-dommen slo førstvoterende fast at brukskunst har verkshøyde og nyter opphavsrettslig vern hvis ”[f]ormgivningen [er] resultat av en individuell skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembrakt noe – her av kunstnerisk verdi – som fremstår som originalt.”¹⁴⁷ Formuleringen av verkshøydekravet for brukskunst skiller seg altså ikke fra det generelle verkshøydekravet. Det sentrale er at brukskunstverket er originalt.

Originalitet er et vagt og skjønnspreget vilkår, og på bakgrunn av to konkret begrunnede høyesterettsdommer er det ikke mulig å utlede generelle retningslinjer for når brukskunst regnes som original.¹⁴⁸ I den skjønnsmessige vurderingen av Tripp Trapp-stolen og Wegners sybord legger Høyesterett i begge dommene betydelig vekt på uttalelser fra sakkyn-dige vitner. Det er derfor vanskelig å si noe konkret om hva som var rettslig sett var utslagsgivende for at de to møblene ble regnet som originale.¹⁴⁹ Det som kan slås fast, er at Høyesterett foretok en inngående vurdering av møblenes verkshøyde.

¹⁴⁶ NRK (2012).

¹⁴⁷ Premiss 58.

¹⁴⁸ Rognstad (2009) s. 98.

¹⁴⁹ Schovsbo (2011) s 81, Torvund (2012).

4.2 Er verkshøydekravet særlig strengt for brukskunst?

Et av hovedspørsmålene i Tripp Trapp-dommen var om det gjelder et strengere verkshøydekrav for brukskunst enn for andre åndsverkstyper.¹⁵⁰ Høyesterett konstaterte at det er *vanskeligere* å oppnå verkshøyde for brukskunst enn ikke-funksjonelle verk.¹⁵¹ Førstvoterende anså det imidlertid som uklart ”om det kan sies å gjelde en strengere norm, eller om vanskeligheten med i disse tilfellene å oppnå den nødvendige verkshøyde snarere er en refleksjon av det faktum at det for produkter som er dominert av de funksjonelle elementer, vil være et mer begrenset spillerom for en selvstendig kunstnerisk utforming.”¹⁵²

En strengere verkshøydenorm for brukskunst har støtte i forarbeidene til åndsverkloven og mønsterloven, noe Høyesterett viste til i Tripp Trapp-dommen.¹⁵³ Forarbeidene til åndsverkloven var kritiske til opphavsrettslig vern av brukskunst fordi kombinasjonen av lite kreativt spillerom og langvarig enerett kunne føre til noe nær patentering av enkelte bruksgjenstander.¹⁵⁴ Friholdelseshensynet ble altså tillagt betydelig vekt. Til tross for skepsisen, beholdt brukskunst adgangen til opphavsrettslig vern etter åndsverkloven av 1967.

I innstillingen til mønsterloven av 1970 ble brukskunstens stilling i immaterialretten grundig drøftet.¹⁵⁵ Mønsterlovkomiteen tolket verkshøydekravet for brukskunst i rettspraksis og teori inntil 1967 som strengt.¹⁵⁶ Brukskunstens behov for vern ble anerkjent, men komiteen påpekte at det var uheldige å gi brukskunst så langvarig vern som opphavsretten innebærer. Komiteen syntes å bygge på Kirke- og undervisningskomiteens uttalelser om at opphavsrett til brukskunst står i et spenningsforhold til friholdelseshensynet. Mønsterlovkomiteen konkluderte med at ulempene kunne oppveies dersom de relativt strenge kravene til bruks-

¹⁵⁰ Rt. 2012 s. 1062, premiss 62.

¹⁵¹ Premiss 67.

¹⁵² Premiss 67.

¹⁵³ Premiss 63-66.

¹⁵⁴ Innst. O. XI (1960-1961) s. 10.

¹⁵⁵ Innstilling til lov om mønster (1967) s. 35-41.

¹⁵⁶ *ibid* s. 38.

kunst ble opprettholdt. Slik ville bare den mest ”*individelt pregede del*” av brukskunsten oppnå opphavsrettslig vern.¹⁵⁷ Det ble altså gitt anvisning på at verkshøydekravet til brukskunst juridisk sett burde være strengere enn for andre åndsverk. I Tripp Trapp-dommen uttalte Høyesterett at en eventuelt strengere norm burde ta utgangspunkt i *friholdelsesbehovet*, slik at det er ”*graden av funksjonalitet*” som er avgjørende for hvor strengt verkshøydekravet er.¹⁵⁸

Den andre mulige begrunnelsen for at brukskunst har vanskeligheter med å oppnå verkshøyde, er ifølge Tripp Trapp-dommen at brukskunstprodukter er dominert av funksjonelle elementer. For slike produkter vil det være et mer begrenset spillerom for en selvstendig kunstnerisk utforming. De funksjonelle elementene gjør det altså vanskeligere å skape noe originalt.¹⁵⁹ Etter denne begrunnelsen er vanskeligheten med å oppnå verkshøyde av praktisk art, mens det juridisk sett ikke er noen forskjell på kravet til brukskunst og andre åndsverkstyper.¹⁶⁰

Førstvoterende tok ikke stilling til hvilken av de to begrunnelsene som er riktig, og påpekte at dette ikke fikk betydning for hans syn på saken. Det er derfor uavklart hvorvidt det gjelder et strengere verkshøydekrav for brukskunst. Et spørsmål er om dette har noen praktisk betydning, eller om det kun er tale om hvilken side av brukskunstgjenstanden man tar utgangspunkt i – den estetiske eller den funksjonelle. Problemstillingen kan illustreres med en gjenstand som *både* i høy grad er funksjonell og hvor det lille kreative spillerommet er utnyttet på en særdeles original måte. Graden av funksjonalitet tilsier et strengt verkshøydekrav. Den utpreget originale utformingen vil på sin side være tilstrekkelig til å oppfylle både et normalt verkshøydekrav og et særlig strengt krav til brukskunst. Motsatt vil en gjenstand som i liten grad er funksjonell og ikke mer enn beskjedent original, bedømmes etter et lavere krav. Til tross for det lavere kravet, vil gjenstanden kunne ha problemer med

¹⁵⁷ *ibid* s. 40.

¹⁵⁸ Rt. 2012 s. 1062, premiss 66-67, jf. Rognstad (2009) s. 94.

¹⁵⁹ Premiss 67.

¹⁶⁰ Sejersted (2013) s. 105.

å oppnå verkshøyde fordi den ikke er spesielt original. *Utfallet* av den faktiske vurderingen vil altså bli det samme, enten verkshøydevurderingen tar utgangspunkt i en brukskunstgjenstands funksjonelle eller kunstneriske side.

Etter min mening ville det derfor være en god løsning å forlate synspunktet om at det gjelder et særlig strengt verkshøydekrav for brukskunst. Verkshøydekravet i utgangspunktet er en vag og skjønnsmessig regel. Dersom utfallet av den faktiske vurderingen blir den samme med et vanlig verkshøydekrav, taler rettstekniske hensyn for å ikke komplisere vurderingen med en annen nokså vag regel om at verkshøydekravet er strengere for brukskunst enn andre åndsverk. Verkshøydespørsmålet vil bli lettere å forutberegne dersom det kun er ett vurderingstema, nemlig om den selvstendige, kunstneriske utformingen av en brukskunstgjenstand er tilstrekkelig til å kalles original.

Dersom det også uten en strengere norm vil være vanskelig å oppnå verkshøyde, vil hensynet til friholdelsesbehovet i praksis ivaretas like godt med et vanlig verkshøydekrav. Likhetshensyn taler dessuten for at det ikke skal gjelde et særlig strengt krav for brukskunst, mens andre delvis funksjonelle åndsverk som grafisk design, kart og arkitektur blir bedømt etter et alminnelig verkshøydekrav.

Et strengt krav knyttet til brukskunstens ”*grad av funksjonalitet*”, forutsetter for øvrig at det kan skilles klart mellom en brukskunstgjenstands estetiske og funksjonelle elementer. Problemet med brukskunst er at de estetiske og funksjonelle hensynene ofte er så tett knyttet sammen at det kan være svært vanskelig og lite ønskelig å avgrense de estetiske elementene skarpt fra de funksjonelle.¹⁶¹ Det synes derfor betenkelig å knytte en streng norm til dette skillet.

¹⁶¹ Levin (1984) s. 76.

4.3 Valgfrihetssynspunktet

Valgfrihetssynspunktet er et vurderingsmoment som går ut på at en frembringelse har verkshøyde dersom opphavsmannen hadde et kvalifisert antall kreative valgmuligheter da han skapte sitt verk. Kriteriet har mye til felles med dobbeltskapelseskriteriet, som omtales i neste avsnitt, siden dobbeltskapelsesrisikoen øker når opphavsmannens valgmuligheter innskrenkes. Disse to momentene ligger igjen tett opp til forarbeidenes lære om at det gjelder et særlig strengt verkshøydekrav til brukskunst, omtalt i forrige avsnitt.¹⁶²

Valgfrihetssynspunktet og dobbeltskapelseskriteriet gjelder alle åndsverk. De gjør seg imidlertid særlig gjeldende for brukskunst, fordi tekniske og funksjonelle nødvendigheter innskrenker brukskunstnerens valgmuligheter i større grad enn for andre verkstyper.¹⁶³ En stol må ha en sitteflate, riktig setehøyde og være kraftig nok til å bære vekten av et menneske. Da de funksjonsbestemte elementene ikke omfattes av opphavsretten, kan de heller ikke være uttrykk for et originalt resultat av en individuell, skapende innsats.¹⁶⁴

I Tripp Trapp-dommen anvendte Høyesterett valgfrihetssynspunktet i den faktiske originalitetsvurderingen. Stolens betydelige særpreg ble knyttet til *”den store valgfriheten Opsvik hadde ved den nærmere utforming av sin barnestol – også innenfor den ramme som fulgte av den tekniske løsning.”*¹⁶⁵ Førstvoterende viste videre til en designrettslig avgjørelse om Tripp Trapp-stolen, hvor OHIM konstaterte at designere av høystoler til barn har stor grad av formgivningsfrihet til tross for ulike tekniske krav, og at variasjonsmuligheten er nærmest ubegrensede.

Valgfrihetssynspunktet hadde altså betydning i den konkrete verkshøydevurderingen av Tripp Trapp-stolen. Spørsmålet er om momentet har betydning for brukskunst generelt.

¹⁶² Rosenmeier (2001) s. 132-133.

¹⁶³ Rosenmeier (2001) s. 133.

¹⁶⁴ Rt. 1962 s. 964 på s. 966, Nordell (1990) s. 567.

¹⁶⁵ Rt. 2012 s. 1062, premiss 86.

Valgfrihetslæren tar utgangspunkt i skillet mellom funksjonsbestemte og kreative valg. Dette er et skille som gjelder alle brukskunstgjenstander. Høyesterett legger vekt nettopp dette generelle skillet når den påpeker på den store valgfriheten Opsvik hadde innenfor rammen av Tripp Trapp-stolens tekniske løsning. Valgfrihetsmomentet er derfor et relevant moment som må antas å bli tillagt vekt i verkshøydevurderingen av all brukskunst.

En sterk vektlegging av valgfrihetssynspunktet kan føre til et skjerpet verkshøydekrav for brukskunst. Særlig gjelder dette funksjonalistisk brukskunst, som bevisst er utformet enkelt og med utgangspunkt i gjenstandens funksjon.¹⁶⁶ Når designeren bevisst velger bort alle funksjonelt sett unødvendige stilelementer, blir det lite spillerom igjen for det som etter valgfrihetssynspunktet kalles kreative valg. Forarbeidene til åndsverkloven påpekte en uheldig konsekvens av dette: ”*Det kan se ut som om den beste brukskunst, den som er helt ut bestemt av formålet og bare sikter på å gi den egentlige bruksgjenstand en ren og god utforming risikerer å bli nektet vern hvor den dårlige brukskunst ved unødvendige og kanskje stilbrytende forsiringer kan oppnå et slikt vern.*”¹⁶⁷

I Wegner-dommen fant førstvoterende avgjørelsen vanskelig nettopp fordi sybordets formgivning var bevisst enkel i tråd med datidens stil.¹⁶⁸ Det uttales likevel at ”[...] Wegner i dette tilfelle gjennom sin formgivning [har] vist originalitet og utpreget artistisk evne, slik at hans verk av den grunn må få rettsvern etter vår åndsverkslov”. Sitatet viser at en enkel utforming ikke utelukker originalitet. Enkel brukskunst vil etter min vurdering ofte være et resultat av det designeren har *valgt å utelate* i formgivningen. I så fall må også disse valgene inngå i vurderingen av valgfrihetssynspunktet. Både Tripp Trapp-stolen og Wegners sybord møblene er utformet i helt enkel stil og uten ekstra utsmykning som kunne ha blitt tatt til inntekt for at designeren hadde mange kreative valg. Likevel kom Høyesterett til at

¹⁶⁶ Schmidt (2003) s. 550, Wikipedia (2013a), Store norske leksikon (2007b).

¹⁶⁷ Innst. O. XI (1960-1961) s. 10.

¹⁶⁸ Rt. 1962 s. 964, på s. 968.

de hadde verkshøyde. Begge dommene viser derfor at det er lite grunnlag for forarbeidenes bekymringer om at ”*den beste*” og stilrene brukskunst ikke vil oppnå vern.

4.4 Dobbeltskapelseskriteriet

Dobbeltskapelseskriteriet går som nevnt ut på at en frembringelse har verkshøyde dersom det er lite sannsynlig at andre, uten kjennskap til frembringelsen, kan komme til å skape et tilsvarende verk. I den konkrete verkshøydevurderingen i Tripp Trapp-dommen viser Høyesterett til en sakkyndiguttalelse fra en tidligere svensk rettssak om Tripp Trapp-stolen. Her het det at ”...[r]isken för dubbeltskapande synes vara obefintlig.” Høyesterett uttalte ikke noe særskilt vekten av dette momentet. Det må imidlertid antas at kriteriet kan ha særlig betydning for brukskunstverk.¹⁶⁹ For mange verkstyper, som for eksempel et maleri eller en roman, er opphavsmannens spillerom for kreative og individuelle variasjoner nærmest ubegrenset. I verkshøydevurderingen av slike verk vil dobbeltskapelseskriteriet føre til et opplagt og banalt resultat: At det så godt som aldri vil oppstå to identiske verk, og at maleriet og romanen derfor har verkshøyde.¹⁷⁰ Når derimot mange brukskunstnere skaper en type gjenstand som er underlagt samme tekniske og funksjonelle krav, øker sannsynligheten for at to av dem kan komme til å skape to lignende verk. Det foreligger altså en faktisk risiko for dobbeltfrembringelser, noe som gjør at dobbeltskapelseskriteriet vil kunne få reell betydning i avgrensningen av hvilke brukskunstverk som har verkshøyde.¹⁷¹

4.5 Uttalelser om objektiv nyhet

Det er et grunnleggende prinsipp i opphavsretten at verkshøydekravet baserer seg på verkets originalitet. Dette er et subjektivt krav. Dersom verket er et originalt resultat av en individuell skapende innsats, er det tilstrekkelig at det fremstår som nytt for opphavsman-

¹⁶⁹ Levin (1994) s. 297.

¹⁷⁰ Levin (1994) s. 241, Levin (1984) s. 296.

¹⁷¹ Levin (1984) s. 297.

nen og at det ikke er en etterligning av et tidligere verk.¹⁷² Et krav om objektiv nyhet hører det industrielle rettsvern til.¹⁷³ Rettspraksis viser likevel tendenser til at verkshøyden til brukskunst er blitt vurdert etter et objektivt nyhetskrav.

I Tripp Trapp-dommen ble det med et sitat fra lagmannsrettens dom vist til at "*[f]ormgivningen fremstår som særpreget og med stor grad av nyskapning sammenlignet med eksisterende stoler. Kravene til åndsverk er etter dette klart oppfylt.*"¹⁷⁴ Her henvises det til stolens objektive nyhet, og stolen sammenlignes direkte med eksisterende stoler. Likevel finner retten "*[e]tter en samlet vurdering [...] at de nevnte formelementer i Tripp Trapp-stolen gir et helhetspreg av originalitet, som er resultat av en selvstendig, skapende innsats.*"¹⁷⁵ En selvstendig skapende innsats kan være original selv om den ikke objektivt sett er ny. Det er altså stolens helhetspreg av subjektiv originalitet som er avgjørende for rettens konklusjon, ikke momentet om objektiv nyhet. I en underrettsdom fra 1994 kom Fredrikstad byrett i likhet med Høyesterett til at Tripp Trapp-stolen hadde verkshøyde.¹⁷⁶ I premissene ble det uttalt at stolen måtte være et åndsverk fordi den "*ikke lignet noe som var der fra før*"¹⁷⁷. Også dette er en henvisning til objektiv nyhet.¹⁷⁸

I Oslo Tingretts dom av 26. mai 2011 ble objektiv nyhet likeledes benyttet som et moment i verkshøydevurderingen. Den norske lampeprodusenten Glamox' lampe A51-R ble anklaget for å krenke opphavsretten til den danske designeren Arne Jacobsens lampe *Munkegård* fra 1950-tallet. Som et sterkt moment mot at verkshøyde forelå, påpekte tingretten at lampens ytre strukturelle trekk "*...også er benyttet i en rekke andre frembringelser, også før Munkegård ble formgitt på 1950-tallet.*"¹⁷⁹ Retten navngir seks lignende lamper fra 1920- og

¹⁷² Stray Vyrje (1987) s. 94.

¹⁷³ Lassen (2006) s. 16.

¹⁷⁴ Rt. 2012 s. 1062, premiss 81.

¹⁷⁵ premiss 81.

¹⁷⁶ RG 1994 s. 270.

¹⁷⁷ på s. 275.

¹⁷⁸ Lund (1999) s. 472.

¹⁷⁹ Oslo tingretts dom av 26. mai 2011, på s. 11.

30-tallet. Den direkte sammenligningen av Munkegård med andre verk tyder på at retten la vekt på lampens manglende objektive nyhet.

De tre dommene viser at uttalelser om objektiv nyhet har forekommet i verkshøydevurderingen av brukskunst. Dette strider mot det klare prinsippet om at verkshøydekravet er et subjektivt krav. Det er blitt påpekt at en objektiv nyhetsvurdering av et åndsverk er uheldig. Nyskapning kan i høyden påvise at det er ytet en selvstendig og individuell innsats, men ikke at denne innsatsen er *kunstnerisk*.¹⁸⁰ I motsatt retning er det hevdet at utvelgelsen av et helt nytt formelement til fordel for andre formelementer viser at brukskunstneren har utnyttet de variasjonsmulighetene han hadde på en original og individuell måte.¹⁸¹ Av den grunn kan objektiv nyhet være et moment som begrunner subjektiv originalitet. Subjektiv og objektiv nyhet utgjør en av forskjellene mellom opphavsrett og designrett, og drøftes nærmere i avsnitt 6.2.4.

4.6 Kvalitative vurderinger

Som nevnt i avsnitt 3.2 har Høyesterett uttalt at kvalitative vurderinger ikke skal inngå i verkshøydevurderingen. I høyesterettsdommene om brukskunst finnes det uttalelser som tyder på at kvalitative kriterier likevel er vektlagt. I Wegner-dommen uttaler førstvoterende at det må være skapt noe originalt ”av kunstnerisk verdi” og at Wegner gjennom sin ”formgivning” viste ”utpreget artistisk evne”.¹⁸² Språkbruken gir inntrykk av at førstvoterende syntes stolen hadde høy kvalitet. Når dette nevnes i verkshøydevurderingen, kan det tolkes som at kvalitative kriterier hadde betydning for bordets verkshøyde.

I Tripp Trapp-dommen brukes uttrykk som ”*kunstnerisk verdi*” og det sies at utformingen av stolen er ”god”.¹⁸³ I lagmannsrettens konklusjon, som Høyesterett slutter seg til, står

¹⁸⁰ Lund (1999) s. 471-472.

¹⁸¹ Rognstad (2009) s. 98.

¹⁸² på s. 967-968.

¹⁸³ premiss 58, 72.

stolens formgivning i fokus: ”Formgivningen fremstår som særpreget [...]. Kravene til åndsverk er etter dette klart oppfylt.”¹⁸⁴ Ordet formgivning er i hovedsak et designfaglig begrep, og begrepsbruken kan tolkes som at Høyesterett foretar en designfaglig kvalitetsvurdering av stolen.¹⁸⁵ I tillegg anvendes ord som *trygghet*, *soliditet*, *styrke*, *harmonisk*, *rytmisk* og *musikalsk* for å beskrive barnestolen.¹⁸⁶ Slike positivt ladde ord gir inntrykk av at førstvoterende legger vekt på stolens kvalitet. De to dommene kan derfor sies å tillegge kvalitet en viss vekt i verkshøydevurderingen av brukskunst.¹⁸⁷

Spørsmålet blir hva som er gjeldende rett når Høyesterett har fastslått at kvalitetsvurderinger ikke skal inngå i verkshøydevurderingen, men selv vektlegger kvalitet i praksis. I begge dommene opptrer kvalitetsvurderingene som en del av vurderingen av møblenes originalitet. Møblene hadde verkshøyde ikke fordi de var gode eller pene, men fordi de var et originalt resultat av en individuell, skapende innsats. De kvalitative vurderingene rokker derfor ikke ved regelen om at originalitet er det avgjørende kriteriet for verkshøyde. Dette må være gjeldende rett til tross for enkelte kvalitetsorienterte uttalelser.¹⁸⁸

4.7 Betydningen av EU-domstolens originalitetskriterium for brukskunst

Spørsmålet om betydningen av EU-domstolens originalitetskrav ble forelagt for Høyesterett i Tripp Trapp-dommen. Førstvoterende poengterer at EU-direktivene ikke gjelder verkshøydeproblematikken for brukskunst direkte og at medlemslandenes lovgivning ikke er harmonisert når det gjelder brukskunst. På dette grunnlaget uttaler Høyesterett at et EU-rettslig originalitetskrav ”under ingen omstendighet [vil] være bindende for en avgjørelse om verkshøyde for brukskunst basert på norsk rett”.¹⁸⁹

¹⁸⁴ premiss 81.

¹⁸⁵ Sejersted (2013) s. 17.

¹⁸⁶ premiss 81.

¹⁸⁷ Rognstad (2009) s. 86.

¹⁸⁸ ibid.

¹⁸⁹ Premiss 69.

Et annet argument mot at EU-domstolens originalitetskriterium er harmonisert finnes i designdirektivets art. 17.¹⁹⁰ Der heter det at design som er registrert i en medlemsstat også skal ha adgang til opphavsrettslig vern i den staten. Deretter følger: ”*Hver medlemsstat fastsetter, i hvilket omfang og under hvilke betingelser der opnås en sådan beskyttelse, herunder kravet til originalitet.*” I den engelske versjonen står det ”...including the level of originality required...” (egen understrekning), mens den tyske versjonen bruker ordet ”*Gestaltungshöhe*”, som tilsvarende verkshøyde. Bestemmelsen sier tydelig at verkshøydevurderingen av verk som kan oppnå kumulativt vern, er nasjonalt domene. Selv om den engelske og danske versjonen kan leses som at det kun er variasjoner av *originalitetskriteriet* som er overlatt medlemslandene, viser den tyske ordlyden at åndsverksvurderingen ikke er begrenset til originalitetskriteriet. Artikkel 17 kan følgelig tjene som et argument mot at verkshøydekravet til brukskunst er harmonisert.

Høyesteretts behandling av det felleseuropeiske verkshøydebegrepet i Tripp Trappdommen er blitt kritisert i teorien.¹⁹¹ Tøien har påpekt at førstvoterendes uttalelse om at det ikke finnes noe direktiv som definerer kravet for opphavsrett for brukskunst, stemmer dårlig overens med Infopaqdommen, hvor EU-domstolen hevdet at åndsverksvurderingen hadde samme innhold på hele opphavsrettsområdet.¹⁹² Etter mitt syn vil dessuten ordlyden i designdirektivet art. 17 være til hinder for å anvende selv et klart harmonisert originalitetskriterium på brukskunst.

4.8 Oppsummering

Utgangpunktet er at brukskunst har verkshøyde dersom gjenstanden er et originalt uttrykk for en individuell, skapende innsats. Det er usikkert om verkshøydekravet for brukskunst er særlig strengt, men det er i praksis vanskelig for brukskunst å oppnå verkshøyde. Det skyldes at de originalitetsbegrensende funksjonelle elementene reduserer brukskunstnerens

¹⁹⁰ jf. Leistner (2011) s. 763, Kopp (2012) s. 262.

¹⁹¹ Tøien (2012) s. 422, Rosenmeier (2012).

¹⁹² Tøien (2012) s. 422.

kreative spillerom. Det taler mot verkshøyde at opphavsmannen hadde få kreative valgmuligheter. Det samme gjelder dersom valgmulighetene var så få at det var en reell risiko for at to opphavsmenn kunne komme til å skape to lignende brukskunstgjenstander uavhengig av hverandre. I rettspraksis forekommer det uttalelser om objektiv nyhet og kvalitet i verkshøydevurderingen av brukskunst, selv om dette i prinsippet er momenter som er verkshøydekravet uvedkommende. Høyesterett har avvist at et felleseuropeisk originalitetskriterium får innflytelse i norske saker om opphavsrett til brukskunst.

5 Vilkårene for designrett

5.1 Innledning

Tre materielle vilkår må være oppfylt for at en designer skal oppnå designrett til et produkt.¹⁹³ For det første må det dreie seg om en design som kan beskyttes etter designloven, jf. §§ 2, 7 og 9. Dette er det redegjort for i avsnitt 1.3.2. Her konkluderte jeg med at all brukskunst er design og således et potensielt beskyttelsesobjekt etter designloven. For det andre må designens utseende være ny, og for det tredje må den ha individuell karakter, jf. § 3. Fremstillingen i kapittel 5 vil konsentrere seg om de materielle vilkårene for designrett, da det er disse som er interessante å sammenligne med den formfrie opphavsretten.

Når en design registreres, innordner Patentstyret designen i en av det internasjonale klassifikasjonssystemet Locarnos 32 produktklasser, som igjen har mange underkategorier.¹⁹⁴ Brukskunstgjenstander vil omfatte mange av disse kategoriene. Vilråene for designrett varierer ikke etter ulike produkttyper på samme måte som verkshøydekravet skiller mellom ulike verkstyper. Designvilkårene for brukskunst behandles derfor ikke i et eget kapittel, men omtales der det er aktuelt i den generelle redegjørelsen for designvilkårene. Særskilte problemstillinger om designvilkårene for brukskunst omtales videre i avsnitt 6.2.

Det er forskjell på *designrett* og *designregistrering*. Designrett foreligger når både de materielle og formelle vilkårene for vern er oppfylt. Ved registrering foretas ingen granskning av de materielle vilkårene, dvs. av om designen faktisk er ny og har individuell karakter. Det betyr at en design kan være registrert i designregisteret uten at den reelt sett er vernet. I løpet av hele dens varighet kan registreringen kjennes ugyldig av domstol eller oppheves av Patentstyret dersom den ikke oppfyller vilkårene, jf. § 25. For å forsikre seg om at registreringen er gyldig, kan søkeren anmode Patentstyret om en supplerende undersøkelse av nyhetskravet og kravet om individuell karakter, jf. designloven § 17 annet ledd og designfor-

¹⁹³ Suthersanen (2010) s. 110.

¹⁹⁴ WIPO (2008).

skriften § 14 tredje ledd. Disse opplysningene er uforpliktende for Patentstyret. Dersom vilkårene ikke er oppfylt, blir ikke registreringen nektet, men det gis melding til søkeren om resultatet, jf. § 17 annet ledd.

5.2 Allment tilgjengelig design

I vurderingen av en designs nyhet og individuelle karakter sammenlignes designen med annen design som er blitt ”*allment tilgjengelig*” før søknadsdagen eller prioritetsdagen hvis det er påberopt såkalt prioritet etter § 16 (kalt *stikkdagen*), jf. designloven § 3.¹⁹⁵ En design regnes som allment tilgjengelig når den er offentliggjort ved registrering, utstilt, utnyttet kommersielt eller blitt kjent på annen måte, jf. § 5 første ledd.

Designen regnes likevel *ikke* for allment tilgjengeliggjort hvis de aktuelle fagkretsene i EØS-området ikke med rimelighet kunne ha blitt kjent med designen gjennom sin alminnelige forretningsvirksomhet, jf. § 5 annet ledd nr. 1. Unntaket innebærer at en design som bare er blitt utnyttet lokalt et helt annet sted i verden, utgår fra sammenligningsgrunnlaget i vurderingen av om en design er ny eller har individuell karakter.¹⁹⁶ En design regnes heller ikke for allment tilgjengeliggjort om andre har fått kjennskap til den ”*under en underforstått eller uttrykkelig forutsetning om fortrolighet*”, jf. § 5 annet ledd nr. 2.

Tidspunktet for når en vare anses som allment tilgjengelig, varierer fra varetype til varetype og med måten og stedet den er utnyttet på.¹⁹⁷ Markedet for smarttelefoner er for eksempel være svært internasjonalt. Derfor kan det med rimelighet forventes at fagkretsene i EØS-området kunne ha fått kjennskap til en telefon som ble lansert på en middels stor koreansk teknologimesse. Markedet for ferskt brød er på den annen side lite internasjonalt, slik at en

¹⁹⁵ Lassen (2006) s. 39.

¹⁹⁶ *ibid* s. 40.

¹⁹⁷ *ibid*.

brøddesign fra Korea ikke kan forventes å være kjent for den europeiske brødbransjen.¹⁹⁸ I en sak fra OHIM ble Tripp Trapp-stolen ansett som allment tilgjengelig for møbelbransjen i EØS-området i 1995, da den ble publisert i en handleguide fra en fransk forbrukerorganisasjon. Markedslanseringen på 70-tallet var ikke tilstrekkelig til å konstatere allmenn tilgjengelighet.¹⁹⁹ Det er ikke nødvendig at fagkretsen *faktisk* har fått kjennskap til en design, så lenge det med rimelighet kan forventes at de hadde mulighet til det.²⁰⁰

5.3 Nyhetskravet

Det første vilkåret for designrett er at designen er ny, jf. designloven §3 første og annet ledd. Ifølge ordlyden skal en design anses som ny hvis den ikke er ”*identisk*” med annen allment tilgjengelig design. Med identisk menes at ”*de karakteriserende trekkene bare skiller seg fra hverandre på uvesentlige punkter,*” jf. § 3 annet ledd annet punktum. Det kreves altså ikke særlig store avvik fra en kjent design for at en lignende design anses å være ny. OHIM anså til illustrasjon en ”midjevarmer” for å være ny selv om fargen var den eneste forskjellen fra en annen allment tilgjengelig design.²⁰¹

Nyhetskravet i designloven er *objektivt*. Det innebærer at designen sammenlignes med all design som er allment tilgjengeliggjort, uten at søkerens subjektive kjennskap til den identiske designen har betydning. Hvis en identisk design allerede er allment tilgjengelig, er det irrelevant om søkeren ikke kjente til den og dermed ikke kan sies å ha kopiert eller etterlignet den tilsvarende designen.²⁰² Man sier at designen som ble allment tilgjengelig først, er *nyhetsskadende* for den identiske, senere omsøkte designen. Den første designen har altså prioritetsrett.

¹⁹⁸ Til opplysning har ”Brød” serienummer B0519 i underkategorien ”Bakevarer” i klasse 1 ”Matvarer” i Locarno-klassifikasjonen, jf. WIPO (2008).

¹⁹⁹ OHIMs ugyldighetsavgjørelse av 15.03.2012, ICD 8401.

²⁰⁰ Lassen (2006) s. 42.

²⁰¹ OHIM avvisningsavgjørelse av 21.11.2012, ICD 8606.

²⁰² Helset (2009) s. 264.

En design sammenlignes i utgangspunktet med annen allment tilgjengelig design fra hele verden. En design fra et fjernt land er imidlertid bare nyhetsskadende dersom den anses som allment tilgjengelig, slik det ble redegjort for over. En design kan derfor registreres selv om den ikke er en absolutt nyhet i global sammenheng.²⁰³

En lagmannsrettsdom om design på sjokoladebiter illustrerer hvordan en design kan utelukkes som sammenligningsgrunnlag fordi den ikke anses som allment tilgjengelig i Norge.²⁰⁴ I vurderingen av om en sjokoladebit fra saksøkeren Hval sjokoladefabrikk var ny, viste saksøkte til to lignende biter fra Israel og Sør-Afrika. Saksøkte hevdet at disse eksisterte før Hvals sjokoladebit og at de var nyhetsskadende. Retten avviste bitene som sammenligningsgrunnlag fordi Israel og Sør-Afrika *“ligger i en så vidt fjern del av verden at de ikke kan være til hinder for at designen anses å være “ny” her”*.²⁰⁵ Retten kom til at Hvals sjokoladebit var ny.

Designens nyhetsstatus består selv om designeren, eller den designretten har gått over til, tilgjengeliggjør designen opptil tolv måneder før stikkdagen, jf designloven § 6 nr. 1. Denne nyhetsfristen gjør det mulig å lansere en design, teste markedet og se om produktet er verd å designregistrere, før søknad sendes inn.²⁰⁶ Det er videre ikke nyhetsskadende om *andre* innen nyhetsfristen har tilgjengeliggjort designen, enten som følge av misbruk overfor designeren, eller på grunnlag av sin kontakt med designeren eller den designretten er gått over til, jf. § 6 nr. 2 og 3. Etter nyhetsfristen på tolv måneder kan ikke designen registreres. Den kan likevel brukes som bevis på at senere og lignende design ikke er ny.²⁰⁷

²⁰³ Ot. prp. nr. 2 (2002-2003) s. 2, Lassen (2006) s. 39.

²⁰⁴ LB-2007-95820.

²⁰⁵ LB-2007-95820, s. 6.

²⁰⁶ Lassen (2006) s. 43.

²⁰⁷ I åtte ugyldighetssaker for OHIM har Tripp Trapp-stolen, som ikke har designvern, vært bevis på at designregistrerte barnestoler ikke oppfylte kravet om individuell karakter. Se eksempelvis OHIM ugyldighetsavgjørelse ICD 8401 av 15.03.12.

Sammenfattende kan det sies at nyhetskravet er et krav om at en design bare kan registreres dersom dens karakteriserende trekk skiller seg fra annen kjent design på mer enn uvesentlige punkter. Designen sammenlignes med design fra hele verden som objektivt sett er blitt allment tilgjengelig før den omsøkte designen.

5.4 Individuell karakter

Det andre materielle vilkåret for å oppnå designrett er at designen har *individuell karakter*, jf. designloven § 3 første jf. tredje ledd. Kravet om individuell karakter skal avgjøres på grunnlag av en forestilling om hvordan *den informerte brukeren* oppfatter to designobjekter, jf. § 3 tredje ledd. Bestemmelsen gir anvisning på en vurdering i to ledd. Først må rettsanvenderen avgjøre hvem den informerte bruker er i den konkrete sak. Deretter må det avgjøres hvordan den informerte bruker oppfatter den omsøkte designens helhetsinntrykk.

5.4.1 Den informerte bruker

Begrepet ”*den informerte bruker*” er ikke tidligere brukt i europeisk eller norsk lovgivning.²⁰⁸ Ordlyden tilsier at det er en person som informert og dermed ikke likegyldig eller uinteressert, men likevel kun en bruker og ikke en erfaren produsent eller ekspert. EU-domstolen har uttalt at den informerte brukers bevissthetsnivå ligger et sted mellom varemerkerettens gjennomsnittsforbruker og patentrettens gjennomsnittsfagmann.²⁰⁹ Hun er spesielt observant fordi hun enten har person erfaring eller utstrakt kunnskap på området. Den informerte brukeren kjenner til de ulike design i produktsektoren og har en viss kunnskap om de karaktertrekkene slike designobjekter vanligvis har. Fordi hun er interessert i produktene, har hun et relativt høyt bevissthetsnivå når hun bruker dem.²¹⁰

²⁰⁸ Schovsbo (2011) s. 374.

²⁰⁹ Sag C 281/10 P PepsiCo, Inc. mod Grupo Promer Mon Graphic SA, premiss 53.

²¹⁰ *ibid*, premiss 59.

Patentstyrets 2. avdeling uttalte i en avgjørelse om registrering av Scrabble-brettdesign at *“den informerte brukeren [må] anses å være en person som var godt kjent med de Scrabble-spill som fantes på markedet, og som var oppmerksom nok til å registrere tydelige forskjeller fra disse”*.²¹¹ Anvendelsen av begrepet stemmer overens med EU-domstolens tolkning.

Gjennom tolkningen av standarden *informert bruker* har EU-domstolen angitt hvilket presisjonsnivå vurderingen av en designs individuelle karakter skal ligge på. På samme måte som patentrettens gjennomsnittsfagmann, medfører definisjonen av den informerte bruker at den faktiske referanserammen for vurderingen av designens individuelle karakter, avgrenses.²¹²

I en ugyldighetsavgjørelse hvor Tripp Trapp-stolen var nyhetsskadende for en registrert design, uttalte OHIM at den informerte bruker av barnestoler er klar over at designerens frihet er begrenset av tekniske krav, fordi stolen må ha en høy sitteflate, en stabil støttestruktur (stolben) og en ryggstøtte.²¹³ Den informerte brukeren vet dessuten at barnestoler må oppfylle standardiserte sikkerhetsnormer. Til tross for disse begrensningene har designeren av barnestoler en betydelig grad av frihet når det gjelder for eksempel form og størrelse på ryggstøtten, setet og andre elementer, noe den informerte bruker oppfatter.²¹⁴ Overført til brukskunst generelt viser avgjørelsen at den informerte bruker vil oppfatte at det kreative spillerommet er begrenset av brukskunstgjenstandens funksjonelle side. Hun vil derfor konsentrere seg om forskjeller i de frie formelementene.

I sjokoladebitdommen benytter lagmannsretten *“den informerte bruker”* når den konkluderer med at Hvals sjokoladebit er gyldig registrert: *“Hvals registrerte design gir etter lagmannsrettens oppfatning, for den informerte bruker, et annet helhetsinntrykk enn tidligere*

²¹¹ 2. avdelings kjennelse 7263, NIR 2005 s. 537.

²¹² Stenvik (1996) s. 8.

²¹³ OHIMs ugyldighetsavdelings avgjørelse av 15. mars 2012 i sak nr. ICD 8399 mellom Stokke AS og Dellice Holding Ltd., s. 5.

²¹⁴ *ibid.*

registrert design, jfr loven § 3 annet ledd.”²¹⁵ I inngrepsspørsmålet, dvs. når retten vurderer om produsenten Brynhilds sjokoladebit griper inn i Hvals designrett, uttales at ”[d]ette utgjør etter lagmannsrettens oppfatning likevel ikke så tydelige forskjeller at Brynhilds runde sjokoladebit gir et annet helhetsinntrykk – heller ikke for « den informerte bruker », jfr designloven § 9 - enn Hvals sjokoladebit. ...[Brynhilds rektangulære sjokoladebiter] gir etter lagmannsrettens oppfatning et ganske annet helhetsinntrykk, både for den informerte bruker og for den alminnelige forbruker.”²¹⁶

Sitatene viser at retten ikke redegjør for hvem den informerte brukeren er. Retten legger sin egen vurdering til grunn og supplerer med at en informert bruker ville ha vært av samme oppfatning. Henvisningen til den alminnelige forbruker, som hører hjemme i varemerkeretten, må antas å skulle understreke styrken i rettens argument: Når selv en alminnelig forbruker ville ha oppfattet saken slik, må det være riktig at forskjellen ikke unnslopp retten og en informert brukers skjerpede oppmerksomhet.

Etter min vurdering har den informert bruker liten selvstendig verdi i lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering. Hvis man ikke redegjør for hvem en informert bruker er og hva hun typisk ville legge merke til, vil ikke ordene ”informert bruker” bidra til avgrense den faktiske referanserammen for vurderingen på en transparent og standardisert måte, slik hensikten er.²¹⁷

Oppsummeringsvis kan det sies at den informerte bruker er en standard som brukes for å avgrense den faktiske referanserammen for rettens vurdering av om en omsøkt design har individuell karakter. Den informerte brukers bevissthetsnivå ligger mellom gjennomsnittforbrukerens og gjennomsnittfagmannens bevissthetsnivå.

²¹⁵ LB-2007-95820, s. 6.

²¹⁶ *ibid.*, s. 7.

²¹⁷ Til tross for lagmannsrettens ufullstendige anvendelse av ”den informerte bruker”, ble dommen ikke anket til Høyesterett.

5.4.2 Helhetsinntrykket

Det den hypotetiske informerte bruker skal vurdere, er om ”*helhetsinntrykket designen gir den informerte brukeren, skiller seg fra helhetsinntrykket en slik bruker får av annen design som har blitt allment tilgjengelig*” før stikkdagen. Individuell karakter foreligger altså dersom det er tilstrekkelig forskjell mellom en omsøkt design og annen allment tilgjengelig design. Ifølge betraktning 13 i designdirektivets fortale må forskjellen være ”*tydelig*”. Praksis fra OHIM viser at terskelen for ”*tydelig forskjell*” til dels er satt svært lavt.²¹⁸ Det er ikke avklart i praksis hva som utgjør en tydelig forskjell, men det er antatt at ”*tydelig*” ikke innebærer et særlig strengt forskjellskrav.²¹⁹ Det er utvilsomt at forskjellen må ligge i produktets designuttrykk, og ikke i teknisk betingede elementer, som ikke er omfattet av designerens enerett, jf. § 8.²²⁰

Til tross for at ordlyden nevner ”*annen design*” som sammenligningsgrunnlag, skal forskjellen i henhold til i direktivets ordlyd (”*et mønster*” i art. 5 nr. 1) vurderes forhold til én annen bestemt enkelt-design. Det er ikke anledning til å sammenligne en omsøkt design med det kombinerte helhetsinntrykket av to eller flere kjente design.²²¹

Den tydelige forskjellen som er grunnlag for individuell karakter, må fremkomme av *helhetsinntrykket* designen gir. På den ene side kan detaljer være betydelig endret uten at de bidrar til å endre designens helhetsinntrykket.²²² På den annen side kan en detalj være spesielt pregende og nyskapende og derfor bidra til at helhetsinntrykket endres.²²³ I en avgjørelse fra Patentstyrets 2. avdeling om drikkeflasker av glass, uttalte styret at bruken av froset glass i en flaske ikke utgjorde en tydelig forskjell i helhetsinntrykket i forhold til en

²¹⁸ se f.eks. OHIMs ugyldighetsavgjørelse i sak ICD 370 av 23. februar 2005, s.

²¹⁹ Lassen (2006) s. 47.

²²⁰ Eichmann (2010), avsnitt 1, rn. 23.

²²¹ Lassen (2006) s. 44, Eichmann (2011) s. 64.

²²² Lassen (2006) s. 48

²²³ Eichmann (2011) s. 65.

flaske med tilnærmet samme form, men med *klart* glass.²²⁴ Avgjørelsen illustrerer hvordan en detalj – overflatestrukturen – kan endres betydelig uten at designen gir et annet helhetsinntrykk. Dersom designregistreringen gjelder en del av et produkt, er delens helhetsinntrykk avgjørende.²²⁵

5.4.3 Graden av formgivningsfrihet

I vurderingen av om en design har individuell karakter, skal det legges vekt ”*hvor stor frihet designeren hadde ved utviklingen av designen*”, jf. designloven § 3 tredje ledd siste punktum. Designerens frihet kan begrenses av blant annet produktets tekniske funksjon og lovpålagte produktkrav. Slike begrensninger fører til at enkelte elementer ved en produkttype standardiseres og er felles for alle designuttrykk i produktkategorien.²²⁶

Det følger av praksis fra EU-domstolen og de norske forarbeidene at kravet om individuell karakter lettere vil være oppfylt hvis spillerommet for variasjon er lite.²²⁷ Man går ut fra at den informerte brukeren vil oppfatte at variasjonene mellom produktene er små, og at han av den grunn vil konsentrere seg om detaljer i de frie designelementene.²²⁸ I den nevnte avgjørelsen om glassflasker, antok Patentstyrets 2. avdeling at den informerte brukeren av glassflasker måtte antas å ha et nokså høyt oppmerksomhetsnivå, siden det dreide seg om et produkt hvor formfriheten er begrenset.²²⁹

Når det gjelder brukskunst, vil formgivningsfriheten variere sterkt mellom ulike produkttyper. En enkel krakk vil for eksempel gi langt mindre formgivningsfrihet enn en blomstervase. Henvisningen til formgivningsfrihet innebærer i alle tilfelle at brukskunstens funksjonelle side ikke virker hemmende på adgangen til vern.

²²⁴ Patentstyrets 2. avdeling, PS-2006-7551.

²²⁵ Se avsnitt 6.2.1.

²²⁶ Sag T- 9/07 Grupo Promer Mon Graphic, SA mod OHIM, premiss 67, 72.

²²⁷ Ot. prp. nr. 2 (2002-2003) s. 24, Sag T-153/08 Shenzhen Taiden Industrial Co. Ltd mod OHIM, premises 45.

²²⁸ Lassen (2006) s. 53.

²²⁹ Patentstyrets 2. avdeling PS-2006-7551.

Hensynet til formgivningsfrihet åpner altså for et relativt forskjellskrav i vurderingen av individuell karakter. Kravet varierer mellom ulike produktkategorier, mens lignende produkter behandles likt. Henvisningen til formgivningsfrihet vil altså sikre både fleksibilitet og rettsenhet, siden kravet om individuell karakter tilpasses designforholdene i den enkelte produktkategori. Det relative kravet om individuell karakter gjør at ikke hele produktgrener blir utelukket fra designregistrering fordi variasjonene i produktkategorien er små.

5.4.4 Industrisektor og produkttype

I vurderingen av individuell karakter skal det ifølge betraktning 13 i designdirektivets fortale særlig tas hensyn til hvilken *industrisektor* designen tilhører. Dette får for det første betydning for hvem den informerte brukeren er. Den informerte brukeren skal ikke bare antas å ha kunnskap om produkttypen (for eksempel bestikk) eller produktkategorien (dekketøy), men om selve industrisektoren (kjøkkenutstyr).²³⁰ For det andre utvides sammenligningsgrunnlaget til ikke bare å omfatte for eksempel bestikk, men også kjøkkenutstyr. Utvidelsen fører ikke nødvendigvis til en skjerping av kravet om individuell karakter. De norske forarbeidene antar at henvisningen til industrisektor trolig må forstås slik at det ikke stilles like strenge krav til individualitet hvis produktene ikke er i direkte konkurranse med hverandre (for eksempel en middagsgaffel og en grillgaffel, begge produkter i industrisektoren ”kjøkkenutstyr”).²³¹

Videre skal det ifølge betraktning 13 tas hensyn til hva slags produkt designen anvendes på eller inngår i. Forarbeidene forklarer at forskjellskravet er lavere i bransjer hvor produktspekteret er stort og variasjonene mellom produktene er små.²³² I slike bransjer er det stor ”designtetthet”, for å bruke et ord fra tysk terminologi.²³³ I bransjer med færre produkter og

²³⁰ Suthersanen (2010) s. 117-118.

²³¹ Ot. prp. nr. 2 (2002-2003) s. 24.

²³² *ibid.*

²³³ Eichmann (2010) § 2, m. 34.

større variasjonsmuligheter er forskjellskravet derimot høyere.²³⁴ Brukskunst omfatter både produktkategorier med stor designtetthet, for eksempel bestikk, og kategorier med store variasjonsmuligheter, for eksempel tekstiler, som gir en kunstnerisk frihet på lik linje med billedkunsten.

5.4.5 Forholdet mellom nyhetskravet og kravet om individuell karakter

I vurderingen av både nyhet og individuell karakter sammenlignes en omsøkt design med annen allment tilgjengelig design. Det er derfor grunn til å spørre om hva som skiller kravene fra hverandre. OHIM har erkjent at kravet om individuell karakter delvis overlapper kravet om nyhet. Kontoret har forklart forskjellen med at nyhetskravet bare innebærer en vurdering av om to designobjekter er identiske. Vurderingen av individuell karakter er, som ordlyden i designloven § 3 tilsier, en mer sammensatt helhetsvurdering.²³⁵ Praksis fra OHIM og europeiske domstoler viser en sterk tendens til at kravet om individuell karakter blir anvendt som hovedkriterium.²³⁶ I lagmannsrettsdommen om Hvals sjokoladebiter foretar retten vurderingene av nyhet og individuell karakter under ett. Konklusjonen om at begge vilkårene foreligger, bygger på de samme konkrete vurderingene, og retten vektlegger kriteriene likt.²³⁷ Dommen er et eksempel på at vurderingen av vilkårene ikke skiller seg sterkt fra hverandre.

Etter min vurdering kan kravene om nyhet og individuell karakter beskrives som to ulike grader av objektiv nyhet. Som det er redegjort for, går begge vilkårene ut på å vurdere en designs avstand til det kjente.²³⁸ For å konstatere nyhet er det tilstrekkelig med liten avstand til det kjente: En design er ny om den ikke er identisk med annen kjent design. For å konstatere individuell karakter må avstanden være større: Helhetsinntrykket av en design

²³⁴ Ot.prp.nr. 2 (2002-2003) s. 24, Lassen (2006), s. 53.

²³⁵ Avgjørelse fra OHIMs klageorgan i sak R 887/2008-3.

²³⁶ Suthersanen (2010) s. 111.

²³⁷ LB-2007-95820

²³⁸ Lassen (2006) s. 45.

må skille seg tydelig fra annen kjent design. Vurderingstemaet er altså det samme. En design kan ikke ha individuell karakter dersom nyhetskravet ikke er oppfylt.²³⁹ Dermed kan kravet om individuell karakter kalles et kvalifisert nyhetskrav. En designregistrering er først gyldig når det foreligger slik kvalifisert nyhet som kravet om individuell karakter innebærer. Når individuell karakter foreligger, kan en si at dette vilkåret har konsumert kravet om nyhet. I sjokoladebitdommen bedømmes som sagt vilkårene om nyhet og individuell karakter under ett. Selv om dommen har begrenset rettskildemessig vekt, underbygger den argumentet om at de to vilkårene går ut på det samme, og at de samlet kan betegnes som et krav om tilstrekkelig objektiv nyhet.

De to vilkårene kan sies å ha ulike funksjoner, noe som kan forklare hvorfor lovgiver har valgt to overlappende vilkår for designrett. Nyhet er som sagt en forutsetning for at en design kan ha individuell karakter. Nyhetskravets funksjon vil følgelig være å sile bort design som klart ikke kvalifiserer til designvern. Om designen ikke er ny, er det prosessbesparende å unngå å gå inn på den mer sammensatte vurderingen av om den har individuell karakter.²⁴⁰ Dette illustreres godt av en kjennelse fra Fredrikstad tingrett om designrett til gummistøvler: *”Ilse Jacobsens støvler fylte ikke kravet til nyhet i designloven § 3 på søknadsdagen. Det er dermed ikke nødvendig å gå inn på om designet tilfredsstilte kravet til individuell karakter, da designrett bare kan oppnås dersom nyhetskravet også er oppfylt.”*²⁴¹ Todelingen av kravet om objektiv nyhet kan altså begrunnes ut fra retts tekniske hensyn .

5.5 Oppsummering

Tre vilkår må være oppfylt for å oppnå designrett. Det må dreie seg om et produktutseende som regnes som design i lovens forstand, designen må være ny og den må ha individuell karakter. Kravet til nyhet går ut på at en registrert design ikke kan være identisk med annen allment tilgjengelig design. To design er ikke identiske når de skiller seg fra hverandre på

²³⁹ Avgjørelse fra OHIMs klageorgan i sak R 1592/2008-3 premiss 26, Lassen (2006) s. 47, Suthersanen (2010) s. 111.

²⁴⁰ Suthersanen (2010) s. 111.

²⁴¹ TFRED-2006-53954.

mer enn uvesentlige punkter. Kravet om individuell karakter innebærer at helhetsinntrykket til en design må skille seg tydelig fra helhetsinntrykket til en bestemt annen design som er allment tilgjengelig. Vurderingen skal avgjøres på grunnlag av hva den hypotetiske standarden ”den informert bruker” ville oppfatte av forskjeller mellom designene. Når designeren har hatt innskrenket formgivningsfrihet, kreves det mindre forskjell for å konstatere individuell karakter. Brukskunst omfatter forskjellige ulike produkttyper som vil falle ulikt ut i vurderingen av vilkårene for designrett. Et fellestrekk for all brukskunst er likevel at designloven tar hensyn til de spesielle problemstillinger som oppstår for produkter med et delt funksjonelt og estetisk formål.

6 Grenseflaten mellom vilkårene for opphavsrett og designrett til brukskunst

6.1 Innledning

Grensedragningen mellom designrett og opphavsrett betegnes som et av de vanskeligste spørsmålene i immaterialretten.²⁴² Siden begge regelsettene knytter seg til det samme elementet ved et produkt, nemlig utseendet, og reglene til dels er utslag av de samme hensyn, kan en si at det ikke går noe naturlig skille mellom de to rettsområdene.²⁴³

I EU og EØS er forholdet mellom de to regelsettene løst ved å tillate kumulasjon av opphavsrettslig og designrettslig vern, jf. designdirektivet art. 17. Man har valgt en pragmatisk løsning hvor man istedenfor å trekke en grense, lar de to enerettene overlappe hverandre. Graden av kumulasjon vil variere mellom medlemslandene, siden det er store nasjonale variasjoner i kravet til verkshøyde.²⁴⁴ I land der alle designregistrerte produkter er garantert opphavsrettslig vern, er kumulasjonen total. Det er tilfelle i Frankrike.²⁴⁵ I Italia hadde man tidligere en løsning uten kumulasjon, hvor man skilte skarpt mellom industridesign og åndsverk av brukskunst. Landet måtte gå bort fra denne løsningen for å kunne gjennomføre designdirektivet.²⁴⁶

I Norge, hvor langt fra all brukskunst vil ha verkshøyde, er kumulasjonen partiell. En brukskunstgjenstand kan oppfylle vilkårene etter begge lovene, kun én av dem eller ingen av dem. Grenseflaten mellom de to regelsettene er større i dag enn da regelen om kumulasjon ble innført med mønsterloven av 1970.²⁴⁷ Grunnen er at det generelle verkshøydekravet antas å være senket siden den gang, slik at flere produkter vil oppfylle vilkårene etter

²⁴² Levin (1984) s. 79.

²⁴³ *ibid.*

²⁴⁴ Ricketson (2012) s. 176.

²⁴⁵ *ibid.* s. 174.

²⁴⁶ Dreier (2013) s. 368.

²⁴⁷ Rognstad (2001) s. 23, Schovsbo (2011) s. 365.

begge lover.²⁴⁸ En brukskunstgjenstand som både har verkshøyde og representerer en objektiv nyhet, vil ha dobbelt vern. Om Tripp Trapp-stolen hadde blitt registrert etter mønsterloven i 1972, ville den ha hatt kumulativt vern i 25 år, og deretter opphavsrettslig vern i 70 etter Peter Opsviks dødsår. Dersom et produkt er nytt, men ikke originalt, vil det bare kunne oppnå designregistrering. Det vil gjelde en stor del av produktene som designregistreres, for eksempel og etter all sannsynlighet designregistrering nr. 83835 fra 19. februar 2013, som gjaldt Apples tilkoblingskabel til iPhone 5.²⁴⁹ Tripp Trapp-stolen har verkshøyde, men siden den ikke lenger er ny og følgelig ikke kan designregistreres, kan den ikke oppnå kumulativt vern i dag. Om stolen ikke hadde hatt verkshøyde, ville den ikke vært beskyttet av noen av lovene.

6.2 Sammenligning av vilkårene for vern

6.2.1 Beskyttelsesobjektet

Etter både designloven og åndsverkloven er det et produkts *utseende* som beskyttes og som berettiger til vern. Lovene beskytter altså de samme trekkene ved brukskunst.²⁵⁰ Dette gjør at overlappingen mellom rettsområdene er mer direkte enn overlappingen mellom for eksempel patentrett og designrett, hvor ulike produktelementer gir grunnlag for vern.

I designretten er det mulig å registrere *deler* av et produkts utseende. Dersom en ellers alminnelig stol har et nyskapende armlene, kan registreringen begrenses til denne delen. En detalj som armlenet ville kanskje ikke ha vært tilstrekkelig til å si at stolen samlet sett var ny og hadde individuell karakter. Vurderes det nyskapende armlenet derimot alene, vil vilkårene lettere kunne oppfylles. Brukskunstneren har dessuten ikke behov for vern av kjente designelementer som tilhører det såkalte åndelige felleseie.

²⁴⁸ Rognstad (2001) s. 23.

²⁴⁹ Designtidende nr. 6 2013, s. 4.

²⁵⁰ Rognstad (2009) s. 61.

I opphavsretten blir verket derimot vurdert som en helhet. Det kan tas hensyn til at kjente enkeltelementer er sammenstilt på en original måte. Det er imidlertid ikke anledning til å avgrense vurderingen til enkelte elementer som isolert sett kan tenkes å ha verkshøyde, som armlenet på stolen i eksempelet over. Dersom en brukskunstgjenstand er dominert av funksjonelle elementer som det ikke kan oppnås opphavsrett til, vil disse likevel bidra til å gjøre det vanskeligere å oppnå verkshøyde. Designlovens beskyttelsesobjekt er derfor mer fleksibelt enn opphavsrettens.

6.2.2 Formfrihet og registrering

Opphavsretten er formfri og oppstår samtidig med åndsverket. En design må registreres innen nyhetsfristen på 12 måneder for å kunne oppnå designrett. Registreringen gir et bevis på at designeren har prioritet i et offentlig register, noe som kan være en fordel i forhandlingssituasjoner. Registreringen er imidlertid også en utgiftspost og en administrativ belastning. Registrering medfører ikke at man automatisk får designrett, som er betinget av at vilkårene om nyhet og individuell karakter er oppfylt. Registreringen kan derfor sies å være av begrenset verdi.²⁵¹ Muligheten for å kvalitetsteste vernet i forbindelse med registrering gjør likevel at registreringen kan gi økt visshet om vernets eksistens.

6.2.3 Vurderingstidspunktet

Selv om opphavsretten oppstår samtidig med verket, vil verkshøyden vurderes først når en opphavsrettslig konflikt bringes inn for retten. Da brukskunst ofte ligger i grenseland for hva som anses å ha verkshøyde, kan ikke en brukskunstner vite om han har opphavsrettslig vern før en eventuell krenkelse foreligger.²⁵²

²⁵¹ Lassen (2009) s. 481.

²⁵² Adamsson (2005) s. 37.

Siden de materielle vilkårene for designrett i utgangspunktet ikke etterprøves ved registrering, vil heller ikke designrettens gyldighet være garantert før den overprøves administrativt eller rettslig i forbindelse med en designrettslig konflikt. En designer har imidlertid muligheten til å anmode Patentstyret om å undersøke en designs nyhet og individuelle karakter før designen registreres.²⁵³ Resultatet av undersøkelsen er uforpliktende for Patentstyret, men vil gi designeren økt sikkerhet om designrettens gyldighet. Denne muligheten gir brukskunstneren større forutberegnelighet enn i opphavsretten. Hvorvidt brukskunstneren har dobbelt vern, kan hun likevel ikke vite før verkshøydespørsmålet er avgjort av domstolene.

6.2.4 Originalitet og nyhet

Hovedkriteriet i opphavsrettens verkshøydevurdering er at verket er originalt. Designretten forutsetter at designen objektivt sett ny.²⁵⁴ En forskjell på objektiv nyhet og originalitet er at nyhetskravet innebærer en direkte sammenligning med annen design, mens originalitetskravet er subjektivt og vurderer om verket fra opphavsmannens ståsted fremstår som nyskapende og originalt. Det at et åndsverk kan være originalt uten objektivt sett å være nytt, innebærer at to designere får opphavsrett dersom de uavhengig av hverandre har skapt to tilnærmet like verk. I designretten utelukker prinsippet om prioritet denne løsningen. Bare den designeren som var først ute, får designbeskyttelse. Forskjellen mellom designrett og opphavsrett vil altså være stor i slike tilfeller av dobbeltfrembringelser.

Det forhold at en brukskunstgjenstand så godt som aldri skapes i et kulturelt vakuum, medfører imidlertid at sannsynligheten for uavhengige dobbelskapelser er liten, selv på brukskunstens område. For det første vil enkelte brukskunstgjenstander være så kjent at man må anta at alle kjenner til dem, som Tripp Trapp-stolen. For det andre vil mange brukskunstnere være en del av et mer eller mindre kommersielt fagmiljø og følgelig være godt informert

²⁵³ jf. designloven § 17 annet ledd.

²⁵⁴ I det følgende omtales designlovens krav om nyhet og individuell karakter samlet, fordi begge vilkårene er et mål på objektiv nyhet, jf. avsnitt 5.5.

om ulike produkter på markedet de opererer i. Dermed kan man kanskje oppstille en presumsjonsregel om at en brukskunstner som inngår i en kommersiell fagkrets, må antas å kjenne til tidligere verk som er tilstrekkelig allment kjent. Det kan for eksempel antas at verkshøyden til lampen Munkegård var tvilsom fordi de seks tidligere, lignende lampene (mangel på objektiv nyhet) gjorde at Munkegård ikke kunne fremstå som ny og originalt for Arne Jacobsen, som var professor ved kunstakademiet i København.²⁵⁵ Selv om subjektiv originalitet er hovedkriteriet for verkshøydevurderingen, kan det altså sies å bestå en vekselvirkning mellom det som objektivt sett er nytt og det som fremstår som originalt og nyskapende for opphavsmannen.

I designretten er vilkåret for vern et kvalifisert nivå av objektiv nyhet (individuell karakter). Det objektive nyhetskravet er likevel ikke absolutt. Det tas hensyn til hva den relevante fagkretsen i EØS med rimelighet kan kjenne til. Videre innebærer standarden den informerte bruker at referanserammen for forskjellsvurderingen knyttes til et tenkt subjekt. Designloven inneholder altså regler som bidrar til å subjektivere det objektive nyhetskravet.

Skillet mellom opphavsrettens subjektive originalitet og designrettens krav om objektiv nyhet er kan hende ikke like kategorisk som tradisjonen tilsier. Det klare utgangspunktet og avgjørende vilkåret er i designretten objektiv nyhet i sammenligning med bestemte andre produkter, og i opphavsretten åndsverkets subjektiv originalitet. I den faktiske vurderingen kan imidlertid elementer med motsatt fortegn trekkes inn for å vurdere om vilkårene for vern er oppfylt. Dette er etter min vurdering forsvarlig. Verkshøyde kan uansett ikke oppnås på grunnlag av objektiv nyhet alene, og designretten er betinget av objektiv nyhet, selv om vurderingen inneholder subjektive momenter.

Hovedforskjellen mellom opphavsretten og designrettens vilkår er altså at opphavsrettens krav om originalitet innebærer noe annet og noe mer enn designlovens krav om objektiv

²⁵⁵ Se avsnitt 4.5, Republic of Friz Hansen (2013).

nyhet.²⁵⁶ Noe annet fordi det kreves originalitet og ikke nyhet, og noe mer fordi vurderingen av originalitet er mer sammensatt enn å fastslå om objektiv nyhet foreligger. Felles for begge lovene er at kvalitet ikke skal ha betydning for rettsbeskyttelsen. Kravet om originalitet innebærer imidlertid en vektning av brukskunstens utseende som *åndsarbeid*, noe som ikke forekommer i vurderingen av objektiv nyhet.²⁵⁷

I designretten skal ”den informerte bruker” sikre at vilkårene anvendes transparent og standardisert. Når det foreligger mer veiledende rettspraksis enn i dag, kan standarden bidra til økt forutberegnelighet. Opphavsrettens verkshøydevurdering er skjønnsmessig og lite transparent. Vektleggingen av sakkyndiges uttalelser gjør rettens vurderinger er vanskelige å analysere. Det er altså forskjell på både vilkårene for vern av brukskunst og vurderingen av dem.

6.2.5 Brukskunst i en stilretning

Brukskunstgjenstander er ofte en del av en stilretning eller trend. Wegners sybord ble ansett å være en del ”*vår tids stil*” og ”*den moderne møbelkunst*”, mens Tripp Trapp-stolen passet inn i ”*den generelle trenden innen skandinavisk møbeldesign*” med ”*lyst tre og oppriktige og lettfattelige detaljer*”.²⁵⁸ Lampen Munkegård ble regnet som en del av den minimalistiske og modernistiske stilretning.²⁵⁹

Designrettens krav om objektiv nyhet måler brukskunstens avstand til det kjente. Ved høy designtetthet vil det være et stort antall lignende design å sammenligne med. Muligheten øker da for at annen allment tilgjengelig design så lik den omsøkte brukskunstgjenstanden at den er nyhetsskadende. Et objektivt nyhetskrav vil dermed føre til at designprodukter i

²⁵⁶ Adamsson (2005) s. 37.

²⁵⁷ *ibid.*

²⁵⁸ Rt. 1962 s. 964, s. 968, Rt. 2012 s. 1062, premiss 78.

²⁵⁹ Oslo tingretts dom av 26. april 2011, s. 10.

en stilretning blir bedømt strengere enn enkeltstående designprodukter.²⁶⁰ For å unngå denne virkningen, gir designdirektivets forale anvisning på at det skal tas hensyn til produkttype i vurderingen av individuell karakter.²⁶¹ Kravet til forskjell senkes derfor når en produktkategori inneholder mange produkter med lignende designuttrykk. Slik unngår man at designprodukter i en trend eller stilretning blir bedømt strengere enn annen design.

I opphavsretten er det derimot ikke adgang til å ta hensyn til produkttype og designtetthet. Dersom objektiv nyhet tillegges vekt eller brukskunstgjenstandens plass i en stilretning poengteres i selve originalitetsvurderingen, innebærer dette at brukskunst som er en del av en trend bedømmes strengere enn annen, frittstående brukskunst.²⁶² Det kan ha vært tilfelle i tingrettsdommen om lampen Munkegård, hvor tingretten retten avviste at lampens ytre strukturelle trekk hadde verkshøyde, siden tilsvarende trekk allerede var benyttet i seks lignende lamper innefor samme stilretning.²⁶³

Når en designer er sterkt influert av en stilretning og føyer sitt designuttrykk inn i en trend, kan resultatet være at den individuelle, åndelige innsatsen som berettiger til åndsverkvern reduseres. Dermed er det rettferdig å bedømme brukskunst i en trend strengt. Tripp Trapp-stolen og Wegners sybord viser at det likevel er fullt mulig å oppvise den nødvendige originalitet også innenfor en stilretning. Det synes derfor ikke å være avgjørende for brukskunstens adgang til vern at det ikke tas hensyn til designtetthet i verkshøydevurderingen.

6.2.6 Brukskunstnerens formgivningsfrihet

Brukskunstnerens formgivningsfrihet er et vurderingsmoment i både designretten og opphavsretten. Det blir vanskeligere å oppnå verkshøyde når opphavsmannens kreative spillerom er lite. I designretten *senkes* derimot vilkårene for vern når formgivningsfriheten er

²⁶⁰ Levin (1984) s. 298.

²⁶¹ Betraktning 13.

²⁶² Levin (1984) s. 298.

²⁶³ Oslo tingretts dom av 26. april 2011, s. 10-11.

liten. Når det kreative spillerommet er begrenset, kreves det mindre forskjell mellom to design for å fastslå at den omsøkte designen har individuell karakter. Formgivningsfriheten har altså motsatt virkning i forhold til i opphavsretten.

Denne forskjellen kan forklares med at opphavsrettens formål er å belønne og beskytte kunstnerisk innsats. Når den kunstneriske innsatsen begrenses av funksjonelle behov, er det naturlig at tilgangen til vern snevres inn. I designretten er formålet å beskytte design som markedsføringsverktøy. Design kan utgjøre en markedsmessig forskjell selv når det kreative spillerommet er lite. Når variasjonsmulighetene er små, antas det den informerte bruker legger merke til selv små forskjeller. Design som er skapt med begrenset formgivningsfrihet bør derfor ikke utelukkes fra designretten med den begrunnelse at designen ikke er kreativ eller kunstnerisk nok.

6.2.7 Oppsummering

Sammenligningen har vist at beskyttelsesobjektet er det samme i designretten og opphavsretten, nemlig et produkts utseende. Brukskunst vil med sitt delvis funksjonelt og estetisk betingede utseende være et potensielt beskyttelsesobjekt på begge rettsområder. Designretten gir mulighet til å verne en del av et produkt, noe som gjør adgangen til vern mer fleksibel. For en brukskunstner som er usikker på hans brukskunstprodukt har verkshøyde, vil designrettens registreringsordning og mulighet for forundersøkelse, gi økt forutberegnelighet.

Hovedkriteriene for designrett og opphavsrett skiller seg fra hverandre ved at de stiller krav til ulike egenskaper ved brukskunstens utseende. Designrettens krav om objektiv nyhet innebærer at utseendet må skille tilstrekkelig fra annen kjent design. Opphavsrettens krav om verkshøyde innebærer derimot en vektning av brukskunstgjenstandens originalitet i seg selv. Designrettens nyhetskrav senkes for brukskunstgjenstander i produktkategorier med stor designtetthet. Verkshøydekravet tar ikke hensyn til dette. Forskjellen mellom hovedvilkårene gjør seg derfor særlig gjeldende for brukskunstverk som er en del av en stilretning eller trend med mange lignende formgivningsuttrykk. Videre gjør et begrenset kreativt

spillerom at designrettens vilkår senkes. I opphavsretten vil det derimot være vanskeligere å oppvise originalitet når funksjonelle elementer legger bånd på brukskunstnerens kreativitet.

6.3 Vurdering av kumulasjonsløsningen

Selv om Norge de lege lata er forpliktet til å tillate kumulasjon av designrett og opphavsrett gjennom implementeringen av designdirektiv, er det grunn til å stille spørsmål ved om kumulasjonsløsningen er god.

En av grunnene til at det er mulig å tillate kumulativ beskyttelse av et produkts utseende, er at det ikke er direkte motstrid mellom reglene i opphavsretten og designretten. Betenkelighetene knyttet til kumulasjon ligger snarere på det prinsipielle nivå. Når vernet kumuleres, mister en del av interesseavveiningene bak reglene sin effekt. Særlig gjelder dette rettsbeskyttelsens varighet.

Vernets varighet er strengt tatt en problemstilling som sorterer under vernets rekkevidde og som oppgaven er begrenset mot. Problemstillingen er imidlertid av interesse fordi vilkårene for vern har sammenheng med nettopp vernets rekkevidde. Om opphavsretten hadde vart i bare 25 år, ville ikke hensynene bak et eventuelt strengt verkshøydekrav for brukskunst gjort seg gjeldende i samme grad, og verkshøydekravet ville trolig blitt praktisert mildere. Tilsvarende ville terskelen for designrett nok vært høyere om vernetiden var betydelig lenger. Jeg finner derfor grunn til å ta opp temaet i også i en oppgave om vilkårene for rettsbeskyttelse.

Spørsmålet er altså om det er riktig å verne brukskunst i 70 år etter opphavsmannens død når opphavsmannen allerede har designrett med en vernetid begrenset til 25 år. Sagt på en

noe annen måte kan en spørre om det at man har et spesialregime for vern av design bør påvirke den opphavsrettslige verkshøydevurderingen av en brukskunstgjenstand?²⁶⁴

Designloven gir beskyttelse i maksimalt 25 år, fordi lovgiver har antatt at denne varigheten vil avbalansere individets interesser og samfunnets friholdelsesbehov på en rimelig måte. Forutsetningen for at designeren får en effektiv rettsbeskyttelse i 25 år, er at designen skal falle i det fri når det er gått så lang tid.²⁶⁵ Det kan virke paradoksalt at designeren deretter fortsatt kan påberope seg enerett, bare etter en annen lov. Når rettsbeskyttelsen ikke opphører etter 25 år, men består i 70 år etter opphavsmannens død, vil det ut fra et designrettslig synspunkt føre til en uønsket langvarig konkurransebegrensning og en nedprioritering av friholdelsesbehovet. Om man betrakter kumulasjonsløsningen utelukkende fra et designrettslig ståsted, vil det av hensyn til friholdelsesbehovet ikke være riktig å tillate fortsatt vern etter 25 år.

Fra et opphavsrettslig synspunkt er det derimot rimelig og rettferdig at brukskunstneren får like langt vern for sitt originale brukskunstverk som andre opphavsmenn får til sine åndsverk. Bortsett fra at designlovens prioritetsvern er noe mer omfattende enn opphavsrettens etterligningsvern, er det lite som taler mot kumulativt vern fra et opphavsrettslig ståsted. Opphavsmannens fordeler ved et langvarig vern må avveies mot friholdelsesbehovet også i opphavsretten. Her har lovgiver imidlertid kommet til at eneretten er avbalansert når den varer i 70 år etter opphavsmannens død.

Når man tillater kumulasjon, har man altså tillagt hensynene bak opphavsretten avgjørende vekt. I kapittel 4 ble de vist at det er vanskelig for brukskunst å oppnå verkshøyde. Verk som oppnår kumulert vern er derfor en sjeldenhet. Bare når det gjelder disse gjenstandene vil designrettens vektlegging av friholdelsesbehovet settes til side. Etter min mening er

²⁶⁴ Lassen (2006) s. 17.

²⁶⁵ Lassen (2006) s. 17, Rognstad (2001) s. 22.

dette en liten pris å betale mot å sikre at den mest originale brukskunsten blir verdsatt for dens kunstneriske preg slik den etter et opphavsrettslig syn fortjener.

Løsningen med kumulativt vern kan sies å være resultat av at ingen regelsett er helt godt tilpasset brukskunsten. Dens kunstneriske kvaliteter verdsettes i liten grad i designretten, mens dens funksjonelle formål er en hemske i opphavsretten. Prinsipielle grunner taler mot å la en broket rettssystematikk innvirke på vurderingen av brukskunstens originalitet og verkshøyde.²⁶⁶ Så lenge systemet er slik at brukskunsten befinner seg i en mellomposisjon mellom to regelsett, er det etter mitt syn den beste løsning å tillate kumulasjon. I et rettssystem uten kumulasjon, vil man dessuten stå overfor et betydelig problem ved avgrensningen av designrettslig industridesign og opphavsrettslig brukskunst.²⁶⁷

Siden det er vanskelig for brukskunst å oppnå verkshøyde, er designretten på mange måter et godt valg for brukskunstnere. Til tross for kortere varighet gir den større forutberegnelighet om vernets gyldighet enn opphavsretten, og kravene til objektiv nyhet er ikke høyere enn at mange brukskunstgjenstander må antas å kunne oppnå designrett. Designvernet synes til tross for dette å bli utnyttet i liten grad av brukskunstnere. Eksempelvis har bare én av 14 mottakerne av Merket for god design 2012 og 2011 i brukskunstkategoriene møbel-design og tekstildesign, designregistrert sitt produkt.²⁶⁸ Antall designsøknader er langt lavere enn for eksempel antall varemerkesøknader. I 2011 mottok Patentstyret 14 900 varemerkesøknader og 1 060 designsøknader.²⁶⁹ I bransjen blir det sagt å råde en oppfatning om at opphavsretten og markedsføringsretten gir tilstrekkelig vern til brukskunst.²⁷⁰ Designretten er gjerne blitt sett på som en lillebror i immaterialretten, og det har vært tendenser til at design har hatt lavere status enn åndsverk og oppfinnelser.²⁷¹ Til tross for designlovens

²⁶⁶ Lassen (2006) s. 17.

²⁶⁷ Schovsbo (2011) s. 365.

²⁶⁸ Norsk designråd (2012) og (2011), Patenstyret (2013a).

²⁶⁹ WIPO (2012).

²⁷⁰ Boldvik (2005) s. 58.

²⁷¹ Lassen (2006) s. 14.

imageproblem, er det et faktum at den gir vern til mange brukskunstprodukter som trolig ikke har verkshøyde og dermed ikke opphavsrettslig beskyttelse.²⁷² Det ville etter min mening være en fordel om lovgiver profilerte designloven bedre profilert, så den ble utnyttet av brukskunstnere i større grad enn i dag. Ikke for å utelukke brukskunst fra opphavsrettslig vern, men for øke anvendelsen av et vern som på flere måter er bedre tilpasset brukskunst enn opphavsretten.

²⁷² Boldvik (2005) s. 59.

7 Avslutning

Brukskunst er løse gjenstander med delt estetisk og funksjonelt formål. Vilåårene for opphavsrett og designrett til brukskunst er ulike, men en brukskunstgjenstand kan på grunnlag av sine estetiske kvaliteter oppnå begge former for vern.

Vilååret for opphavsrett er at det som skal beskyttes er originalt. Det kan være vanskelig for brukskunst å oppfylle dette vilååret. Grunnen er at brukskunstens funksjonelle elementer reduserer den estetiske formgivningsfriheten, som utgjør grunnlaget for originalitet. Utgangspunktet for originalitetsvurderingen blir dermed spinklere enn for ikke-funksjonelle åndsverk.

Vilåårene for designrett er at en design er ny og har individuell karakter. Designloven er utformet med sikte på å beskytte delvis funksjonelle produkter. Derfor senkes kravet til individuell karakter for produkter hvor funksjonelle elementer reduserer det kreative spilletrommet. Brukskunstnerens grad av estetisk formgivningsfrihet gir altså motsatt utslag i designretten og opphavsretten. Det kan derfor være lettere for brukskunstgjenstander å oppnå designrett enn opphavsrett.

Dersom en brukskunstgjenstand oppfyller vilåårene for både designrett og opphavsrett, får brukskunstneren dobbelt beskyttelse av de økonomiske rettighetene til gjenstanden. Det doble vernet varer i maksimalt 25 år, som er designrettens lengste varighet. Deretter varer opphavsretten i 70 år etter brukskunstnerens dødsår. Begrunnelsen bak designrettens kortere varighet er samfunnets interesse av at vernet av funksjonelle gjenstander ikke skal hindre utviklingen av nye produkter. Denne begrunnelsen undergraves når en brukskunstgjenstand oppnår dobbelt vern. Brukskunstens vanskeligheter med å oppfylle vilååret for opphavsrett gjør imidlertid at denne ulempen har begrenset betydning.

Verken opphavsretten eller designretten er helt godt tilpasset brukskunsten. Dens kunstneriske kvaliteter verdsettes i liten grad i designretten, mens dens funksjonelle formål er en hemsko i opphavsretten. Adgangen til dobbelt vern veier til en viss grad opp for denne svakheten

ved at ulike sider ved brukskunstens utseende verdsettes og berettiger til vern etter de to beskyttelsesformene. Designvernets potensial utnyttes ikke fullt ut av brukskunstnere i dag, til tross for at dette vernet ofte lettest å oppnå og enklest å forutberegne. Lovgiver har derfor en oppgave med å sørge for bedre rettsopplysning om brukskunstneres muligheter for designvern, slik at de beskyttelsesmulighetene som finnes, blir utnyttet bedre.

8 Kilder

8.1 Norske lover og forskrifter

| | |
|------|---|
| 1814 | Kongeriget Norges Grundlov (grunnloven) av 17. mai 1814. |
| 1910 | Lov om Styret for det industrielle Retsvern (styreloven) av 2. juli 1910 nr. 7. (opph.) |
| 1910 | Lov om mønster (mønsterloven) av 2. juli 1910 nr. 6. (opph.) |
| 1961 | Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr. 2 |
| 1967 | Lov om patenter (patentloven) av 15. desember 1967 nr. 9. |
| 1970 | Lov om mønster av 29. mai 1970 nr. 33 (mønsterloven) (opph.) |
| 1992 | Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109. |
| 1999 | Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30. |
| 2003 | Lov om beskyttelse av design (designloven) av 14. mars 2003 nr. 15 |
| 2009 | Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) av 9. januar 2009 nr. 2 |
| 2012 | Lov om Patentstyret og Klagenemda for industrielle rettar (patentstyreloven) av 22. juni 2012 nr. 58. |
| 2003 | Forskrift til designloven (designforskriften) av 4. april 2003 nr. 418. |

8.2 Forarbeider

| | |
|------------------------------------|---|
| NUT 1950:1 | Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk |
| Ot. prp. nr. 26 (1959-1960) | Om lov om opphavsrett til åndsverk. |
| Innst. O. XI (1960-1961) | Innstilling fra kirke- og undervisningskomitéen om lov om opphavsrett til åndsverk. |
| Innstilling fra Mønsterlovkomitéen | Innstilling til lov om mønster (Oslo, 1967). |

| | |
|------------------------------|---|
| Ot.prp.nr.40 (1969-1970) | Lov om mønster. |
| Ot. prp. nr. 46 (2004-2005) | Om lov om endringer i åndsverkloven m.m. |
| Innst. O. nr. 58 (2002-2003) | Innstilling fra justiskomiteen om lov om beskyttelse av design (designloven). |
| Meld. St. 23 (2011-2012) | Melding til Stortinget. Visuell kunst. |

8.3 Internasjonale avtaler og konvensjoner

| | |
|------|---|
| 1886 | Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk av 9. september 1886, siste gang revidert i Paris 24. juli 1971. |
| 1889 | Pariskonvensjonen om industrielt rettsvern av 1889 |
| 1992 | EØS-avtalen, avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992 |
| 1992 | Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA) av 2. mai 1992 |

8.4 Utenlandsk lovgivning

| | |
|-------------------------------------|--|
| Ophavsretsloven | Lovbekendtgørelse af lov om ophavsret nr. 587 af 20. juni 2008 med de ændringer, der følger af § 5 i lov nr. 1404 af 27. december 2008, lov nr. 510 af 12. juni 2009 samt § 2 i lov nr. 1269 af 16. december 2009. (Danmark) |
| Uphovsrättslagen | Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (Sverige) |
| Urheberrechtsgesetz | Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte av 9. september 1965 (Tyskland) |
| Code de la propriété intellectuelle | av 1. juli 1992 nr. 92-597 (Frankrike) |
| Copyright, Designs and Patents Act | 1988 (Storbritannia) |

8.5 EU-direktiver og -forordninger

| | |
|----------------------|--|
| Rfo 6/2002, EF | Rådets forordning (EF) Nr. 6/2002 af 12. december 2001 om EF-design |
| Rfo 207/2009, EF | Rådets forordning (EF) Nr. 207/2009 af 26. februar 2009 om EF-varemærker |
| EP/Rdir 98/71 EF | Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/71EF af 13. oktober 1998 om retlig beskyttelse af mønstre |
| EP/RDir 2001/29/EF | Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (Infosoc) |
| EP/RDir. 2006/115/EF | Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 006/115/EF af 12. december 2006 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (utleie- og utlånsdirektivet) |
| EP/RDir. 2006/116/EF | Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12. december 2006 om beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder (vernetidsdirektivet) |
| EP/RDir. 2009/250/EF | Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF af 23. april 2009 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EDB-direktivet) |
| EP/Rdir. 96/9/EF | Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser (databasedirektivet) |

| | |
|----------------------|--|
| EP/Rdir. 1993/83/EØF | Rådets direktiv 93/83/EØF af 27. september 1993 om sam- ordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderespredning pr. kabel (sa- tellitt- og kabeldirektivet) |
| EP/RDir. 2001/84/EF | Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/84/EF af 27. september 2001 om følgeret for ophavsmanden til et original- kunstværk (følgerettsdirektivet) |

8.6 Andre EU-dokumenter

| | |
|----------------------------------|--|
| Green paper III/F/5131191- EN | Green paper on the legal protection of industrial design, Commission of the European Communities, Brussels 1991. |
|----------------------------------|--|

8.7 Rettsavgjørelser og forvaltningsavgjørelser

8.7.1 Norsk Retstidende

| | |
|------------------|-------------------------|
| Rt. 1901 s. 877 | Tinglysningsmeddelelser |
| Rt. 1940 s. 48 | Etasjeplantegninger |
| Rt. 1940 s. 327 | Hallo Hallo |
| Rt. 1962 s. 964 | Wegners sybord |
| Rt. 1975 s. 603 | Swingball |
| Rt. 1995 s. 1908 | Mozell |
| Rt. 1997 s. 199 | Cirrus |
| Rt. 2002 s. 391 | God Morgon |
| Rt. 2007 s. 1329 | Huldra i Kjosfossen |
| Rt. 2008 s. 1555 | Biomar |
| Rt. 2012 s. 1062 | Tripp Trapp |

8.7.2 Norske underrettsdommer

| | |
|--|--------------------|
| NIR 1957 s. 225 (Jærens herredsrett) | Strikkeoppskrifter |
| NIR 1967 s. 440 (Oslo byrett) | Solørryene |
| NIR 1968 s. 227 (Oslo byrett) | Skurdal |
| RG 1994 s. 270 (Fredrikstad byrett) | Tripp Trapp |
| TOslo-2001-20521 | |
| TSARP-2005-178216 | Bunadssølv |
| TFRED-2006-53954 | Gummistøvler |
| LB-2007-95820 | Hvals fargepletter |
| Oslo tingretts dom av 26.04.2011 | Munkegård |
| Kristiansand tingretts kjennelse av 17.04.2012 | Kortholder |

8.7.3 Avgjørelser fra Patentstyrets 2. avdeling

| | |
|--|-------------|
| 2. avdelings kjennelse 7263, NIR 2005 s. 537 | Scrabble |
| 2. avdelings kjennelse 7551 | Glassflaske |

8.7.4 Utenlandske avgjørelser

| | |
|------------------------|-------------|
| NJA 1998 s. 563 | Byggmoduler |
| UfR 2010 s. 1705S SØHa | Munkegård |

8.7.5 Avgjørelser fra EU-domstolen

Hentet fra nettsidene til EUR-lex: <http://eur-lex.europa.eu/>

| | |
|--------------|---|
| Sag 75/63 | M.K.H. Hoekstra mod Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten, Saml. 1964 s. 472. |
| Sag C-322/88 | Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles Saml. 1989 s. 04407 |
| Sag T- 9/07 | Grupo Promer Mon Graphic, SA mod OHIM. Saml. 2010 s. II-00981. |

Forenede sager C-403/08 Football Association Premier League Ltd m. fl. (FAPL) mod QC Leisure m. fl. og C-429/08 Karen Murphy v Media Protection Services Ltd. Ennå ikke publisert.

Sag C-5/08 Infopaq International A/S mod Danske Dagbladets Forening. Saml. 2009 s. I-06569.

Sag T-153/08 Shenzhen Taiden Industrial Co. Ltd mod Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design). Saml. 2010 s. II-02517.

Sag C-393/09 Bezpečnostní softwarová asociace (BSA) mod Svaz softwarové ochrany. Saml. 2010 s. I-13971.

Sag C-145/10 Eva-Maria Painer mod Standard VerlagsGmbH m. fl. Ennå ikke publisert.

Sag C 281/10 P PepsiCo, Inc. v Grupo Promer Mon Graphic SA. Ennå ikke publisert.

Sag C-406/10 SAS Institute Inc. mod World Programming Ltd. Ennå ikke publisert.

Sag C-604-10 Football Dataco Ltd m. fl. mod Yahoo! UK Ltd m. fl. Ennå ikke publisert.

8.7.6 Avgjørelser fra EUs kontor for harmonisering i det indre marked (OHIM)

Hentet fra nettsidene til OHIM: <http://oami.europa.eu>

Avgjørelse av 5. november 2009 fra OHIMs klageorgan i sak R 1592/2008-3 mellom SGM Technology for Lighting S.p.A. og He Shan Lide Electronic Enterprise Company Ltd.

Avgjørelse av 11. august 2009 fra OHIMs klageorgan i sak R 887/2008-3 mellom Nor-mann Copenhagen ApS og Paton Calvert Housewares Limited.

OHIMs ugyldighetsavgjørelse i sak ICD 370 av 23. februar 2005 mellom LENG-D'OR og Crown Confectionery Co., LTD.

OHIMs ugyldighetavgjørelse i sak ICD 8399 av 15. mars 2012 mellom Stokke AS og Del-lice Holding Ltd.

OHIMs ugyldighetsavgjørelse i sak ICD 8401 av 15. mars 2012 mellom Stokke AS og Delice Holding Ltd.

8.8 Litteraturliste

8.8.1 Bøker

Blomqvist, Jørgen. *Ophavsrettens eksistensberettigelse*. I: Festskrift til Mogens Koktved-gaard. Mads Bryde Andersen, Caroline Heide-Jørgensen og Jens Schovsbo (red). Køben-havn, 2003, s. 63-76.

Børde, Charlotte og Vebjørn Sandersrød. *På rett hylle med åndsverkloven*. Oslo, 2008.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave. Oslo, 2001.

Eichmann, Helmut og Roland Vogel von Falckenstein. *Beck'sche Kurz-Kommentare: Ge-schmacksmustergesetz*. München, 2010.

EØS-rett. Frederik Sejersted ... [et al.]. 3. utg. Oslo, 2011.

Designrecht. Redigert av Helmut Eichmann og Annette Kur. Baden-Baden, 2009.

Dreier, Thomas og Annette Kur. *European Intellectual Property Law*. Cheltenham, 2013.

Dreier, Thomas og Gernot Schulze. *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechts-wahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz. Kommentar*. München, 2008.

Helset, Per ... [et. al.]. *Immaterialrett og produktetterligning mv. etter markedsføringsloven*. Oslo, 2009.

Knoph, Ragnar. *Åndsretten*. Oslo, 1936.

Lassen, Birger Stuevold og Are Stenvik *Designrett*. Oslo, 2006.

Lassen, Birger Stuevold, Ole-Andreas Rognstad og Are Stenvik. *Åndsretten*. I: Knophs oversikt over Norges rett. 13. utg. Oslo, 2009. s. 473-510.

Levin, Marianne. *Lärobok i immaterialrätt*. 10. utgave. Stockholm, 2011.

Levin, Marianne. *Formskydd: En rättsvetenskaplig studie av skyddet för estetiskt syftande industriell formgivning*. Stockholm, 1984.

Nordell, Per Jonas. *Verkshöjdebegreppet inom upphovsrätten*. Stockholm, 1990.

Nordell, Per Jonas. *Rätten til det visuella*. Frescati/Stockholm, 1997.

Norsk Designråd. *Designboken 2012*. Oslo, 2012.

Nærings- og handelsdepartementet. *Design og verdiskaping*. Oslo, 2006.

Rognstad, Ole-Andreas. *Opphavsrett*. Oslo, 2009.

Rosenmeier, Morten. *Værkslæren i ophavsretten*. København, 2001.

Schmidt, Per Håkon. *TRIPP TRAPP – om brugskunst i tiden*. I: Andersen, Mads Bryde, Caroline Heide-Jørgensen og Jens Schovsbo (red). Festskrift til Mogens Kockvedgaard, København, 2003. S. 549-556.

Schovsbo, Jens og Morten Rosenmeier. *Immaterialret*. 2. utgave. København, 2011.

Schovsbo, Jens. *Mod et harmoniseret ophavsretligt originalitetsbegreb? Nogle tanker i anledning af den mærkelige, men dog tankevækkende EU-dom om Infopaq*. I: Carsten Henriksen m.fl. (red.). *Ret, informatik og samfund*. Festskrift til Peter Blume, 2010. S. 585-594.

Suthersanen, Uma. *Design law: European Union and United States of America*. 2. udgave. London, 2010.

Vyrje, Magnus Stray. *Opphavsrettens ABC*. Oslo, 1987.

Ricketson, Sam og Uma Suthersanen. *The Design/Copyright Overlap: Is there a Resolution?* I: Wilkof, Neil og Shammad Basheer (red.) *Overlapping Intellectual Property Rights*. Oxford, 2012.

8.8.2 Tidsskriftartikler

Berger, Christian. *Aktuelle Entwicklungen im Urheberrecht – Der EuGH bestimmt die Richtung*. I: ZUM 2012, s. 353-361.

Hakoranta, Eeva. *I gränslandet mellan skyddsformer. Skyddet för design*. I: NIR 2005 s. 42-52.

Handig, Christian. *Durch "freie kreative Entscheidungen" zum europäischen urheberrechtlichen Werkbegriff*. I: GRUR 2012, s. 973-979.

Handig, Christian. *The Copyright Term "Work" – European Harmonisation at an Unknown Level*. I: International Review of Intellectual Property and Competition Law. 2009, s. 665-684.

Adamsson, Peter, Lottie-Ann Hulth, og Annika Malm. *I gränslandet mellan olika skyddsformer. Skyddet för design*. I: NIR 2005, s. 29-41.

Kleppestø, Knut. *Gjennomgang av dommer i patentsaker 1976–2007. Ugyldighetssager og avslagssaker*. I: NIR 2007, s. 552-560.

Kopp, Lisa. *The Evolvment of a European Concept of the protected Work of Authorship*. I NIR 2012, s. 248-263.

Leistner, Matthias. *Bei Spielen nichts Neues?* I: GRUR 2011, s. 761-767.

Levin, Marianne. *Aktuelle tendenser i svenskt formskydd*. I: NIR 1985, s. 215-228.

Nordell, Per Jonas. *Verkshöjd och brukskonst med anledning av ett yttrande og två notiser*. I: NIR 1990, s. 560-583.

Nordell, Per Jonas. *Dubbelskapande i teori och praktikk*. I NIR 1995, s. 630-639.

Rognstad, Ole-Andreas. *Opphavsrett og andre rettsområder: På kollisjonskurs?* I: Juristkontakt. Årgang 35, nr. 9-10. 2001, s. 22-27.

Sejersted, Anne Marie, Vebjørn Krag Iversen og Andreas Bernt. *Immaterialrettsutviklingen i Norge 2010–2012*. I: NIR 2013, s. 90-112.

Stenvik, Are. *Oversikt over kravet til oppfinneshøyde etter norsk patentrett*. I: Tidsskrift for forretningsjus nr. 4 1996, s. 1-18.

Tøien, Irina Eidsvold. *Originalitetskriteriet i EU-retten – ny kurs?* I: NIR 2012, s. 403-422.

8.8.3 Internettsider

Korsnes, Malin Kjellstadli. *Tripp Trapp vant over Oliver*. Oslo 2012.

<http://www.nrk.no/nyheter/1.8224877> [Sitert 15. mars 2013]

Norsk Designråd. *Designbeskyttelse gir konkurransefortrinn*. Oslo 2009.

<http://www.norskdesign.no/artikler-om-design/designbeskyttelse-gir-konkurransefortrinn-article12788-594.html> [Sisert 23.02.2013].

Norsk Designråd. *Designboken 2011*. Oslo 2011.

<http://www.norskdesign.no/getfile.php/Filer/Artikler/Designboka%202011.pdf>
[Sisert 13. april 2013].

Norske kunsthåndverkere. *Hva er kunsthåndverk?* Oslo 2012.

<http://www.norskekunsthandverkere.no/om/hva-er-kunsthandverk> [Sisert 19. jan 2013]

Patentstyret. *Database over registrerte patenter, varemerker og design*. Oslo 2013a.

<https://dbsearch2.patentstyret.no> [sisert 29. mars 2013]

Patentstyret. *Designtidende nr. 6, 2013*. Oslo 2013b.

<http://www.patentstyret.no/Public/Tidende/Designtidende/2013/designtidende-nr06-2013.pdf> [Sisert 28. mars 2013]

Republic of Friz Hansen. *Arne Jacobsen Biografi*. Allerød, 2013.

<http://www.arne-jacobsen.com/da/arne-jacobsen/biografi> [Sisert 13. april 2013]

Schovsbo, Jens. *Er værksbegrebet EU-harmoniseret?* København, 2012.

<http://jura.ku.dk/pdf/ciir/ciir-update-foraar2012/jens-schovsbo.pdf/> [Sisert 31. mars 2013]

Store norske leksikon 2005-2007. *Kunstindustri*. Oslo 2007a.

<http://snl.no/kunstindustri> [Sisert 19. jan 2013].

Store norske leksikon 2005-2007. *Funksjonalisme – arkitektur*. Oslo 2007b.

<http://snl.no/funksjonalisme/arkitektur> [Sisert 13. mars 2013].

Store norske leksikon 2005-2007. *Kunsthåndverk*. Oslo 2007c.

<http://snl.no/kunsthåndverk> [Sitert. 19. jan 2013].

Torvund, Olav. *Høyesteretts dom i Tripp-Trapp saken*. Oslo 2012.

<http://binghodneland.no/no/Om-oss/Aktuelt/Opphavsrett-Tripp-Trapp> [Sitert 10. mars 2013].

Wikipedia. *Funksjonalisme - arkitektur*. 2013a.

[http://no.wikipedia.org/wiki/Funksjonalisme_\(arkitektur\)](http://no.wikipedia.org/wiki/Funksjonalisme_(arkitektur)) [Sitert 6. mars 2013]

Wikipedia. *Billedvev*. 2013b.

<http://no.wikipedia.org/wiki/Billedvev> [Sitert 25. mars 2013].

WIPO. *Hague System for the International Registration of Industrial Designs*. Genève 2013. <http://www.wipo.int/hague/en/> [Sitert 24. februar 2013].

WIPO. *Statistical Country Profiles - Norway*. Genève 2012.

http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/countries/no.html [Sitert 29. mars 2013]

WIPO. *International Classification for Industrial Designs under the Locarno Agreement, Ninth Edition*. Locarno 2008.

<http://www.wipo.int/classifications/nivilo/locarno/index.htm?lang=EN> [Sitert 17.03.13]

8.8.4 Annet

Rosenmeier, Morten. *Ophavsret til brukskunst*. Foredrag, Oslo 21. november 2012, arrangert av Norsk forening for opphavsrett og Norsk Forening for Industrielt Rettsvern.